This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 061 564 860

Digitized by Google

Bd. Aug. 1900

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 21, 1900

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Comentado y concordado con el derecho foral vigente

EN

CATALUÑA, ARAGON, NAVARRA

Y DEMÁS TERRITORIOS AFORADOS

CON LA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Y CON LOS

CÓDIGOS CIVILES

DE LA MAYOR PARTE DE LOS PAÍSES DE EUROPA Y AMÉRICA

POR

D. LEÓN BONEL Y SANCHEZ

Juez de paz que fue en 1868
ex-auxiliar 1.º de espólios en el Ministerio de Gracia y Justicia
Promotor fiscal de entrada y de ascenso que fue, durante once años, en distintos Juzgados de 1.ª instancia
Registrador interino por espacio de un año, Juez de 1.ª instancia de entrada, de ascenso
y de termino, que fué, en distintos Partidos Judiciales correspondientes
á diversas Audiencias Territoriales
Delegado por la Dirección de los Registros Civiles
para la reconstitución de algunos Registros Municipales, Juez especial en varias causas
sobre defraudación á la Hacienda
Abogado fiscal de la Audiencia Territorial de Sevilla
Juez de 1.ª instancia y de Instrucción del distrito de Palacio de Barcelona
primer Juez de lo Civil del Distrito del Parque de esta ciudad de Barcelona
Magistrado electo de la Audiencia de lo Criminal de D. Benito
Ex-Teniente fiscal, y Magistrado de la Audiencia Territorial de Barcelona
Miembro de varios Colegios de Abogados de la Península
Académico de la de Jurisprudencia y legislación; y de la del Derecho
de Barcelona, etc., etc.

TOMO CUARTO.—LIBRO IV

BARCELONA

A. LÓPEZ ROBERT, IMPRESOR; ASALTO, 63

1891

Digitized by Google

Rec. Mar. 26, 1900.

Digitized by Google

PREAMBULO

LIBRO CUARTO

De las Obligaciones y de los Contratos

Al entrar en el estudio de este libro cuarto de nuestro Código Civil, no hemos de hacer un resumen de lo que objeto fue del estudio de los tres anteriores libros, pues pesado seria é inconducente repetir aquí lo que alli se indicó. El hombre en todas las manifestaciones del *conocimiento,* del *sentido* y de *sus actos*, debe necesariamente, por su propia naturaleza, dar á conocer el doble elemento que le constituye; el elemento material y el moral. La sociedad, como el hombre, tienen una vida propia de pensamiento, y una vida de actividad que á confundirse tienden constantemente, entrelazándose de tal modo, que su vida entera se reduce en resumen al sostenimiento de ciertas ideas fundamentales acerca de lo verdadero, de lo bello, de lo bueno, de lo útil, de lo justo, de lo honesto, que tratan de traducir en la realidad de los hechos, dentro de cuya realidad, dando cabida á sus elementos, para la existencia material de la vida, son indispensables las obligaciones y los contratos; obligaciones y contratos que el hombre crea en sus relaciones sociales, y que, al crearles el hombre individualmente, como la sociedad, muestra una *mente* que *razona*, una *mano* que *obra* y un corazón que siente ansia de servir de intermediario entre los seres que forman esa masa social y la sociedad misma.

Y el derecho, institucion social y humana por excelencia, que refleja por un lado las necesidades sensibles y materiales del

Digitized by Google

hombre, y de otra que lleva cada vez más marcado el sello de sus aspiraciones ideales; comprendiendo que no es solo la idealidad lo que sostiene la vida social, aunque la ayude y la dé un inmenso vigor, sienta reglas para los actos materiales de la vida, que, derivados de esos principios abstractos de lo verdadero, de lo bueno, de lo justo y de lo útil, dan á las obligaciones un carácter propio, y á los contratos la savia de su existencia, y la flagrancia de los prácticos resultados de su creación.

Si la idea del deber, en el sentido moral, como la idea de la obligación en el sentido jurídico, dominasen en todas las esferas sociales, y se llegase á comprender por todos que sólo contrayendo múltiples y sagradas obligaciones pueden obtenerse derechos no menos sagrados, no se verían en la sociedad los desmanes que por doquier se observan, ni habría quien de su esfera se apartase.

Entre la obligación y el derecho de las obligaciones hay la misma diferencia que entre la propiedad y el derecho de propiedad; puesto que, á semejanza de ésta, la obligación es una relación de derecho; y como esta relación no puede existir de una manera aislada ó abstracta, sino que debe ser siempre considerada bajo todas las fases de la vida humana y social que la determinan y la modifican más ó menos, de aquí el que todas las obligaciones jurídicas se afectan y relacionan en diversos grados por razones morales, por motivos de la voluntad, y especialmente por consideraciones económicas en lo que al dominio de los bienes materiales se refiera; por cuya razón todas las enunciadas relaciones deben pesarse al examinar el derecho de las obligaciones cuyo progreso se comprueba no sólo por el desarrollo de aquellos principios fundamentales, sino que también por el valor que sucesivamente se haya concedido á tan diversas circunstancias.

En la infancia de un pueblo, una obligación es considerada en sí misma de una manera abstracta, pero se va modificando poco á poco por otras relaciones con las cuales se muestra conexa.

La razón de esto es sencillísima: el hombre primitivo, el hombre aislado, ha de considerarse con derechos y obligaciones omnímodos y absolutos en cuanto á aquello que bajo su poder ha colocado la naturaleza; pero estos derechos y estas obligaciones

Digitized by Google

de nada pueden servirle en el aislamiento, porque el hombre ha nacido para vivir en sociedad. ¡Aislad el hombre y perecerá! Mas al entrar en comunicación con otros hombres, la vida material se robustece y alienta con la vida intelectual, y, como en esa relación de hombre á hombre la lucha sería contínua si en absoluto se pretendiesen ejercer los derechos de cada uno, de aquí el que haya habido verdadera necesidad de limitar la esfera de cada uno de los asociados, á fin de que, viviendo en círculos tangibles sin intromisión de ningún género en terreno que no sea propio, puedan determinarse con acierto las obligaciones y derechos de cada uno.

Aún con este regularizado y lógico sistema se ve como indeclinable fatalidad en la vida humana que constantemente se presenta la lucha y la violencia privada, la acción y la reacción en la vida social como en la vida orgánica, como el flujo y reflujo en los mares, para pasar por esa interminable evolución que se opera á cada momento.

Por esto las obligaciones, como los contratos, en la vida jurídica, á imitación de lo que sucede en la vida natural y social, ofrecen el gran cuadro de las relaciones más numerosas que unen á los hombres en la sociedad; y, por esto también, las obligaciones convencionales se crean y se extinguen cada día y cada instante.

Pues bien; tratadas en el primer libro de este Código, las personas ó sujetos del derecho en todas sus manifestaciones, la constitución de la familia como creadora de esas personas naturales y base de las personas jurídicas; estudiados en el segundo libro los objetos del derecho, ó sea los bienes, la propiedad y sus modificaciones; consignado en el libro tercero todo lo relativo á los modos de adquirir la propiedad; correspóndenos examinar en este libro cuarto, las obligaciones y los contratos, habiéndose previsto en este volumen el gran número de pactos y convenciones á que da lugar el estado de los hombres en la sociedad civil, habiéndose pesado y aquilatado todos los motivos que hay para decidir entre los derechos más complicados y las más opuestas pretensiones; habiéndose desvanecido la mayor parte de las dudas que cercaban y envolvían no pocas veces á la misma equidad; habiéndose juntado todo lo que la ley y la filosofía tienen de

Digitized by Google

más sagrado; pues tantos y tan acertados son los trabajos y principios reunidos en este inmenso y técnico depósito que no podrá menos de mirarse con respeto hasta por los hombres más refractarios á la codificación, pues ha de contribuir grandemente á la mayor cultura de nuestra patria, por cuanto facilita y aclara lo que entorpecido y oscuro estaba anteriormente, y porque nos pone al nivel de todas las naciones más civilizadas que con placer reconocen y veneran la razón escrita.

No es esto suponer que nuestro Código esté exento de defectos, y que su perfeccionamiento sumo sea un hecho; pero sí es lo cierto, que, teniendo presentes las bases principales de la escuela histórica en lo fundamental de los principios que la misma entraña; que, no perdiendo de vista los elementos del derecho natural, y los contenidos en los más renombrados cuerpos de derecho nacidos á las sombras del rigorismo romano antiguo, y de la equidad sentada por el cristianismo; que, aceptando las sanas teorías de los más eminentes tratadistas, como Domat, Pothier y otros; que tomando lo mejor de todos los Códigos modernos, y estableciéndose un orden admirable en este volumen, puede decirse que, en medio de la monotonía que la propia naturaleza de las materias que contiene debía imprimirle, es correcto y lógico en su razón de método, claro en su expresión, minucioso en sus detalles, y de fácil inteligencia á los que se dedican á esta clase de estudios.

Se ve en él dominando la razón como ley común de la sociedad, como antorcha que todo lo ilumina; que no rechaza lo que admisible es de lo que fué; y, dando á conocer las disposiciones relativas á los contratos como emanadas de las elementales reglas de la equidad, presenta un cuadro jurídico bastante completo.

Divididas se ven las obligaciones en sus diferentes clases en este libro; declaradas perfectamente están las condiciones esenciales para su validez; expuestos encontraremos cuales deben ser sus efectos, cuales son sus principales modificaciones, de qué modo se disuelven, cómo puede probarse que las obligaciones se se han creado y extinguido; por consiguiente, siguiendo este orden con que vienen naturalmente á colocarse los principios que en su aplicacion han de observarse, mal puede decirse, como por quien desconoce el Código se dice, que ni es Código nuestro Código, ni es español, ni tiene nada que merezca la pena de estudiar

Digitized by Google

se, pues bastaría su tratado de obligaciones para persuadir á cualquier hombre serio é imparcial del error en que algunos están y del gran paso que en el orden legislativo hemos dado, y de los beneficios que con la observancia de sus preceptos han de obtenerse.

Por otra parte, el plan general seguido en la división de los títulos relativos á los contratos es á la vez sencillo y metódico, mejor, en nuestro concepto, que el de Francia, el de Italia, el de Bélgica, el de Filadelfia y el de Holanda; imita á éstos en lo mejor de ellos aceptable para nuestro país; toma lo mejor de los Códigos del Uruguay, Portugal, Chile, Veracruz-Llave y la República Argentina; acepta muchas de las inmejorables reglas de derecho sentadas en los Códigos de Austria, La Luisiana, México, Baja California y Campeche. Armoniza sus preceptos con los de la ley hipotecaria; respeta y apoya las leyes especiales de interés general. Somete los contratos á reglas generales, de casi universal aplicación, aunque separando los que tienen su denominación propia de los que no la tienen, dentro todos del alcance de dichas generales reglas. Bajo títulos relativos exclusivamente á ciertos contratos, se dan reglas para ellos especiales que podrán modificar su naturaleza pero que no están en oposición con las disposiciones generales que regulan todo contrato. Reserva para las leyes mercantiles lo que especialmente concierne á esta especie de contratos y convenciones. Y, procurando encerrar en el más justo límite las reglas comunes á las obligaciones y á los contratos, evita la confusión y oscuridad en que hasta hoy estábamos por el mantenimiento de equivocadas ideas y absurdos principios.

Puede la comisión estar satisfecha de su obra; el cuarto tomo de nuestro Código honra á cuantos en él intervinieron, como honra á sus autores, y revela el ingenio de nuestros hombres de ley, la hábil y admirable exposición de 30 de Junio de 1889 (páginas 35 á la 51 de nuestro primer tomo), cuyo solo estudio basta para comprender el alcance de las correcciones hechas en esta 2.ª edición, y para determinar qué disposiciones de la 1.ª podrán considerarse vigentes con relación á los actos jurídicos y contratos creados desde 1.º de Mayo de 1889 al 24 de Julio del mismo año, ó sea durante los dos meses y veinticuatro días que en vigor estuvo la 1.ª edición del Código.

Digitized by Google

Vemos, pues, que este Código decreta en sus preceptos las reglas prácticas que han de regir el derecho civil privado; manda y obliga persuadiendo, siendo quizá demasiado suave, y apartándose algún tanto del antiguo axioma conocido por todos los jurisconsultos: *Jubeat lex, non suadeat.*

Y en los tiempos para que se da, cumple á los fines del individuo, de la familia y del pueblo, al fin esencialmente civil y humano de la civilización que mantendrá la paz de la familia, que es la paz social, que regirá con justicia á esa familia y á ese pueblo para que se dió; y que procurará una verdadera y bien entendida libertad al país que á sus preceptos queda sometido. Atiende, por lo tanto, á la paz, á la justicia, y á la libertad; y por ello se hace durable y digno de respeto.

Digitized by Google

LIBRO CUARTO.

De las Obligaciones y Contratos.

TÍTULO PRIMERO.

De las obligaciones.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

Art. 1088. Toda obligación consiste en dar, hacer ó no hacer alguna cosa.

Al comenzar el estudio del libro cuarto de nuestro Código Civil, miles de dificultades se presentan á nuestra vista, como miles de ideas vienen á nuestra imaginación, con las que tratar querriamos de demostrar que es lo que en sí constituyen las obligaciones, y que es lo que constituyen los contratos, así como la razón de método más procedente para tratar unas y otros con la preferencia debida; pero nuestra labor sencilla de suyo y dedicada exclusivamente á comentar lo que el Código Civil expone, no permite dar toda la extensión que fuera necesaria á este estudio, para explicar debidamente cuestiones tan árduas, y demostrar lo que siempre ha de ser objeto de discusiones más ó ménos exageradas y de razonamientos más ó ménos fundamentales, que han de sostener la división natural entre los que creen y afirman que los contratos son ántes que las obligaciones, y entre los que entienden y propalan que las obligaciones son anteriores á los contratos; ó mejor dicho, que hay obligaciones que nacen y se desarrollan sin la existencia de contrato alguno. Y esto no es solo cuestión sostenida entre diferentes tratadistas de derecho de un mismo país, sinó que en naciones distintas se sustentan diversas teorías, conceptuando unas que deben tratar los Códigos antes los contratos que las obligaciones, como sucede en Francia, Portugal, Belgica, México, Baja California, Campeche, Vera-

Digitized by Google

cruz-Llave y otras; mientras que hay nacionalidades, como las de Italia, Uruguay, Chile, Holanda y Guatemala, que consignan en sus Códigos, en primer lugar, el tratado de obligaciones, y después el de los contratos, lo cuál, en nuestro sentir, demuestra cuan difícil es el asunto que nos ocupa, y cuan expuesto es incurrir en lamentables equivocaciones al tratar de esta materia.

Nosotros, sin embargo, en nuestra humilde opinión, no podemos menos de inclinarnos á sostener las teorias de la escuela italiana; y aunque sin detenernos, por falta de tiempo y escasez de facultades, en hacer grandes consideraciones acerca de las brillantisimas teorias expuestas con lucidez extremada por M.. Pothier, no podemos menos, repetimos, de defender el orden del método que sigue nuestro Código, tratando en primer término de las obligaciones, y en segundo lugar de los contratos; por cuanto conceptuamos que la obligación es al contrato, lo que el género á la especie.

Indudable es, que el hombre desde que nace, al venir á la vida social, trae consigo los derechos propios que la naturaleza le otorga, y que modificados son por la ley positiva de la nación en que nace; como contrae obligaciones que se derivan también de esa misma ley positiva que regula sus derechos; y si bien es cierto que tiene deberes y facultades, éstos, sobre todo los deberes, han de conceptuarse siempre incluidos en la esfera de la moral, más bien que en la esfera del derecho, pues en nuestro concepto, el deber, técnicamente hablando, se impone al individuo como á la sociedad, sin necesidad de un precepto legal escrito, sin más mandato que el de la propia conciencia, sin mas orden que la que prescribir puede el derecho natural; y ese mismo deber, cuando sancionado esta por la ley positiva, conviértese en obligación legal, que, derivándose de los sanos principios del derecho natural, muchas veces tiene su verdadero nacimiento, para los efectos del derecho, en la ley positiva; y en otras ocasiones nace la obligación del contrato regulado también por las leyes civiles. Por esto nosotros no podemos estar conformes con los publicistas que suponen que nuestro Código ha confundido el deber con la obligación, y que ésta solo puede tener su origen en la voluntad humana, pues en nuestro concepto las leyes civiles no pueden ocuparse racionalmente de los deberes del hombre, que pertenecen á esfera muy distinta, ni se ocupan tampoco técnicamente, mas que de derechos y obligaciones: y tampoco podemos estar conformes con las teorias sostenidas por estos mismos publicistas que quieren demostrar que las obligaciones nacen únicamente de la voluntad del hombre, que jamás deben presumirse, y que solo deben tener su fuente en la voluntad expresa de una manera explicita y derivándose de hechos convencionales.

Para combatir tales asertos, nos bastaria asentir con las últimas palabras que se acaban de exponer. Efectivamente, las obligaciones se derivan de hechos: esto es inconcuso, como indiscutible es que los derechos todos tienen su derivación en los hechos; pero de esto, á sostener que no caben obligaciones

Digitized by Google

mas que allí donde la voluntad se expresa de un modo explícito, hay una enorme diferencia, tan grande, que el más insondable abismo no podría salvarla; pues de sostener que las obligaciones nacen solo de la voluntad expresa de la persona jurídica, ó mejor dicho, de la conjunción de dos voluntades, equivaldría á querer demostrarse el absurdo de que un padre no puede tener obligaciones para con sus hijos hasta que éstos lleguen á reunir todas las condiciones necesarias para poder contratar; siendo así que nadie puede poner en duda que el padre, por el hecho de crear un hijo, no solo tiene el deber moral de alimentarlo y educarlo, sino obligaciones verdaderamente jurídicas que no nacen ni pueden nacer de la conjunción de dos voluntades que en desigualdad tal de circunstancias se encuentran, y que deben su origen en el terreno del derecho á la prescripción de la ley positiva. Con estas sencillas palabras basta en nuestro concepto para demostrar que la obligación es el género, el contrato la especie, y que puede el hombre contraer obligaciones mil sin el prévio requisito del contrato; pues esto mismo se vendría á poner de relieve ante los sostenedores de la idea contraria, sin más que hacerles ver que en cuanto admiten obligaciones que nacen dé cuasi contrato, y dan cabida en el derecho á obligaciones que nacen del delito y cuasi delito, no puede menos de caer por tierra su teoría y el sostenimiento de que las obligaciones nacen precisamente y no pueden nacer de otros elementos que de la conjunción de dos voluntades explícitamente expresas, que de la volición manifiesta de obligarse; pues sería utópico que sostener cupiera esa conjunción de voluntades ni ese deseo expreso de contraer obligaciones en los cuasi contratos, en los delitos, y en los cuasi delitos.

Aparte ya de las torcidas sendas por donde algunos marchan para hacer ver que el Código confunde ideas que ningún legislador puede confundir, y que en esta materia ha sentado preceptos contrarios á los que se expusieron en la Ley de Bases, hemos de hacer ligerísimas consideraciones para demostrar que la escuela francesa aceptada y aceptable en otras teorías, ha seguido en esto derroteros equívocos, confundiendo los contratos con las obligaciones, la causa con el efecto, y creando una confusión y una série de errores lamentables no fáciles de corregirse, mientras no se prescinda de la multiplicidad de orígenes que se atribuyen á las obligaciones y no se coloque en primer término la ley como fuente y fundamento de las mismas, y en segundo lugar la voluntad expresa del hombre; pues sosteniendo como sostiene el Código francés, que las obligaciones se deben, en primer término á los contratos ó convenciones, en segundo á los cuasi contratos, en tercer lugar á los delitos, en cuarto á los cuasi delitos, y en quinto á la ley, no podrá ménos de producir confusiones tal multiplicidad, hasta llevar al verdadero desconocimiento de las fundamentales bases de toda obligación, pues realmente tal mezcla de incoherentes ideas, supone el desconocimiento de que una cosa es el contrato que da nacimiento á la obligación, y otra cosa bien distinta es la obligación convencional que no puede tomarse bajo otro concepto que como el resultado del contrato.

Digitized by Google

Hechas estas ligeras indicaciones y sin entrar á exponer la razón de método que especialmente se guarda en Italia, Holanda y la República Argentina, digna en esta materia de imitarse como se ha imitado por nuestro Código, pasaremos á exponer algo acerca del primer artículo de este libro, ó sea del 1088, en el que se expresa que toda obligación consiste en dar, hacer ó no hacer alguna cosa.

A la verdad, que sobre esto no estamos tan conformes con nuestro Código, como con la razón de método empleado, no porque no creamos que la obligación deje de dar el resultado que se expresa en el artículo que acabamos de transcribir, sino porque aun cuando algunos supongan que las definiciones son impropias de un Código, y que es peligroso el efectuarlas por cuanto en trabajos legislativos solo admitirse deben aquellas definiciones que extrictamente contengan una regla de conducta, siendo tanto más difícil definir, por cuanto no siempre se abarcan todos los extremos que de definido debe comprender una técnica definición; nosotros creemos que bien pudiera definirse la obligación diciendo que *es la relación jurídica que nace de un hecho ó acontecimiento cierto, bien en virtud del ministerio de la ley, bien por consecuencia de la voluntad del hombre, sujetando á éste á hacer ó no hacer alguna cosa, y á la entrega de lo debido ó estipulado.*

Nuestro Código, en su art. 1088, determina los efectos de la obligación, mas no expresa lo que en si significa, no consigna el vinculo jurídico que su acepción encierra, no expone, como expusieron las Partidas, lo que en su esencia constituye la obligación, pues en la Ley 5.ª, tit. 12, Part. 5.ª, se expresaba que: *obligación, tanto quiere decir como ligamento, que es fecho según ley, ó según natura.*

Por esto nosotros, aun sin la pretensión de haber definido bien la obligación, hemos expuesto lo que en nuestro humilde parecer podia ser una más ó ménos acertada definición, en la que se comprende lo más esencial de la extensión jurídica que abarca toda obligación; y por ello hemos dicho que es una relación jurídica, para determinar ó dar á entender que en toda obligación debe haber sujeto obligante, ó que ejercer pueda la acción, y sujeto obligado contra quién se ejerza la acción de obligar; y hemos dicho que nace de la ley ó de la voluntad del hombre, porque esa relación jurídica puede derivarse de los vínculos de la familia, ó de la situación en que una persona se encuentre en la sociedad con relación á otra, para cuyo caso la ley establece obligaciones determinando lo situación jurídica de cada una de las personas; ó bien de la voluntad expresa de los que establecen la obligación: pero ya se derive de la ley, ya de la voluntad expresa de los hombres, se deduce siempre de un hecho ó acontecimiento cierto, pues hecho es la muerte de un causante, como lo es la compra venta; y muera ese causante testado ó intestado, el hecho es que sin conjuncion de voluntades del finado y su sucesor nace una obligación; la relación

Digitized by Google

juridica que constituye una obligacinn, se establece en virtud de la ley, por el hecho de aquella muerte, y se estatuye *ipso facto* con tan fuertes lazos, como establecidas quedan las obligaciones que nacen de los contratos, respecto de los que la ley nada determina, en cuanto la voluntad de obligarse explícita y terminantemente expresa, no se acredite. De manera que nuestra definición, la definición que damos de la obligación, por mala que sea siendo nuestra, determina y abarca en su primera parte, la parte constituyente de la obligación, por decirlo así; las personas que han de intervenir; la relación jurídica que entre esas personas se establece, ó sea el vínculo que liga; el origen de esa obligación, admitiendo solo el legal y el voluntariamente expreso por los sujetos ó personalidades que median en ella, con relación siempre á la cosa ú objeto del derecho: luego, en su segunda parte, al decir como decíamos: «sujetando al hombre á hacer ó no hacer alguna cosa, y á la entrega de lo debido ó estipulado,» significamos el efecto, el resultado de la obligación ya constituida.

Y dicho esto, podemos señalar los precedentes en lo esencial, que del artículo que comentamos encontramos en el Derecho Romano, Ley 1.ª, tit. 7.°, libro 44 del Digesto; y en nuestro antiguo Derecho patrio las leyes 1.ª, tit. 11; y 5.ª, tit. 12, Part. 5.ª.

Concordancias, y casi identidad de espíritu y de redacción encontramos en los arts. 1270 del Código de Holanda, 495 del de la República Argentina, 1206 del del Uruguay, párrafo 1.° del 1395 del de Guatemala; y en relación está con los arts. 1097, 1254, 1274 y otros de este mismo Código; viéndose también muy estrecha con lo que propuso el Proyecto de 1882 en su art. 1105; sin que se halle en disconformidad, como algunos suponen, con las bases 19, 20 y 21 de la Ley de 11 de Mayo de 1888.

Art. 1089. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos ó en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia.

Muy conformes estamos con el artículo que acabamos de transcribir, porque en él se marcan los verdaderos orígenes de las obligaciones, y se hace de la manera más sencilla, más natural, más técnica, y más cierta que pueda hacerse; confirmando su expresión los principios generales sentados en la ley de bases ya citada, y dando á conocer lo que el buen sentir enseña á los hombres de regular criterio; pues así como los derechos nacen de la ley y de la voluntad del hombre, las obligaciones nacen y no pueden ménos de nacer de la ley y de la voluntad expresa del hombre, toda vez que entre aquéllas y éstos hay una reciprocidad tal, una correlación tan íntima, que sujetos están al mismo origen, al mismo desarrollo é idéntica historia. Nacen obligaciones de la ley, desde el momento en que ésta se dá y obliga á cuantos viven y son ciudadanos de la

Digitized by Google

nación para que se dá; asi es que la ley de reclutamiento obliga á los ciudadanos españoles á servir á la patria con las armas, sin que á nadie pueda ocurrirle que aquella obligación nace de contrato ni de conjunción alguna entre dos voluntades, pues bien evidente es que la voluntad del legislador compele al ciudadano á la prestación de aquel servicio. y todos saben que generalmente falta la expontánea voluntad del que lo rinde; como también sabemos que todos por la ley estamos obligados á la conservación del orden, y sin embargo no faltan voluntades en contra; sin cuya diversidad de voliciones no existiria esa acción y esa reacción que en la esfera moral, como en la esfera del derecho, y en la esfera social existen constantemente, sin que su existencia haya podido echar por tierra ciertas y determinadas obligaciones independientes, agenas muchas veces á la voluntad expresa del hombre. La obligación pues, es indudable que tiene diferentes orígenes, como los derechos, como la manera de ser de cada individuo, como la luz y el fuego; porque son elementos distintos los que forman estos principios, estas cosas, estas verdades: la obligación nace de la ley, por cuanto ésta es origen muchas veces de nuestro estado social; de los contratos y cuasi contratos, porque estos son medios en los que se manifiesta expresa aun que más ó ménos directamente la voluntad del hombre, y por su expresión obligado queda, como ya sentó la célebre ley del Ordenamiento de Alcalá. Porque de los actos ú omisiones en que intervenga cualquier genero de culpa ó negligencia de los que se desprendan nuevas relaciones juridicas, no cabe duda que nacen obligaciones, porque estos dan lugar á los delitos y cuasi delitos, que obligan a su autor á la responsabilidad de los resultados de aquellos, y le hacen acreedor á la pena. De manera que, aunque solo nos fijásemos en esto, tendriamos bastante para justificar que pueden nacer obligaciones de hechos en los que no hubo conjunción de dos voluntades.

Art. 1090. Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código ó en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.

Articulo es este que sienta principios de gran utilidad para el desenvolvimiento del tratado de las obligaciones, que con notable acierto se viene desarrollando en este Código, pues todas estas obligaciones nacidas inmediatamente de la ley, son verdaderas relaciones juridicas establecidas entre los Estados y sus ciudadanos unas, y entre los mismos particulares otras; reconociendo siempre por base la equidad y deduciéndose las más veces de lo que con arreglo á la recta razón habria de efectuar cada individuo en la esfera social. aún sin expresar solemnemente su voluntad; deduciéndose si, en ocasiones, de

Digitized by Google

actos propios del causante y de la situación jurídica del mismo en la sociedad con relación á los demás, á quien obliga la ley ó á quienes faculta para obligar. Por ello el Código no ha podido menos de establecer que esas obligaciones no son exigibles más que en cuanto expresamente estén determinadas en el mismo ó en leyes especiales, y así como se han diferenciado las obligaciones convencionales de las no convencionales, exigiendo en las primeras expontáneo y expreso concierto de las voluntades que las constituyen, el *vinculum juris* que las da vida y la determinación de las reglas á que han de someterse, trazadas por la voluntad de sus creadores en lo compatible con las reglas trazadas por la ley, se ha aceptado el principio de que las obligaciones no convencionales no nacen del concierto de las voluntades, sino que surgen ya de la ley que las impone, respondiendo á la necesidad general con los preceptos del derecho positivo dirigidos al buen orden social, ya de actos personales licitos ó ilicitos que dan origen á los cuasi contratos, á los delitos y á los cuasi delitos. Por esto, las que proceden de la ley ó de esos actos personales que no tienen caracteres de contrato, ni mucho menos implican conjunción de voluntades, han de cumplirse con arreglo á lo que prescribe el artículo que comentamos, sujetándose á las disposiciones de este libro, mientras que las que nacen de la conjunción de voluntades ó sea de los contratos, tienen la vida y desarrollo que los contratantes les imprimen, según lo determina el artículo siguiente y según se desprende de su propia naturaleza.

En relación está el artículo que comentamos con los arts. 1113, 1249 y 1251 de este mismo Código; y concuerda con el párrafo 5.º del art. 1395 del Código de Guatemala; párrafo último del 1207 del de Uruguay; 1388 del Código de Holanda; viéndose alguna analogía en el art. 1636 del Código de Veracruz-Llave; y relación extrema con el Proyecto de Código Civil de 1882 en su art. 1107.

Art. 1091. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Todos sabemos que la Ley del Ordenamiento de Alcalá, llevada á la Novísima Recopilación, sentó como principio inconcuso que de cualquier manera que aparezca que el hombre quiere obligarse queda obligado (Ley 1.ª, tit. 1.º, libro 10 de la Nov. Recop.); por lo tanto sin más que fijarse en este principio hecho está el comentario del artículo que nos ocupa, pues no tiene duda que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse á tenor de los mismos, observándose los pactos y condiciones que en ellos se contengan mientras no se opongan á las leyes positivas.

En relación está este artículo con los arts. 1254 y 1257 de este mismo Có-

Digitized by Google

digo, viéndose concordancias en el último apartado del art. 1395 del Código de Guatemala, y en los arts. 1134 del Código de Francia; 1374 del de Holanda 1134 del de Belgica; 1123 del de Italia; 1347 del de Veracruz-Llave; 1545 del de Chile; 1602 del de Colombia; 702 y 704 del de Portugal; y 1197 y 1198 del de la República Argentina: debiendo advertir que los artículos citados de los Códigos de Bélgica y Francia son completamente iguales, pues expresan clara y terminantemente ambos que los pactos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que los han hecho, y que no pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento ó por causas que están autorizadas por la ley, debiendo ejecutarse de buena fe; siendo casi idénticos éstos al ya citado de Italia en sus dos primeros párrafos con los que están perfectamente conformes los artículos ya expresados del de la República Argentina y el 1200 de dicho Código.

El art. 1108 del Proyecto de 1882 propuso un precepto casi idéntico al que de nuestro Código nos ocupa.

Art. 1092. Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos ó faltas se regirán por las disposiciones del Código penal.

El precepto que acaba de consignarse no necesita comentarios; pues todos saben que las obligaciones que nacen de la comisión de un delito ó falta regirse deben por las disposiciones del Código penal; pero en cuanto á las obligaciones civiles que tienen su origen en los delitos y faltas no puede proclamarse en absoluto este principio; pues, las leyes penales prefijan el castigo personal y hasta inician su extensión en los arts. 18, 21 y 121 al 128; y la determina en estos últimos, ó sea en el tit. 4.° de su libro 1.°, el Código penal de 17 de Junio de 1870, hoy en vigor, pero lo hace siempre en relación con las leyes civiles; y los redactores de este Código civil tanto lo han comprendido así, que han consignado en un capítulo, el 2.° del tit. 16 de este mismo lib. 4.°, todo lo relativo á las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia; y en aquel capítulo, uno de los que tratan de las obligaciones que se contraen sin convención, es donde (en sus arts. 1902 al 1910) se expresa claramente cuanto sobre este particular conviene tener en cuenta para completar el concepto del precepto que al presente comentamos.

Análogos preceptos propuso el art. 1109 del Proyecto de 1882; y concordancias encontramos en los arts. 1401 al 1416 del Código de Holanda en los cuales se encuentran las disposiciones á que ha de sujetarse el autor de daños por delito ó falta; como lo vino determinando el cap. 4.°, tit. 3.°, del lib. 3.° del Código Napoleónico (arts. 1382 al 1386), que trataba de los delitos y cuasi delitos y de las obligaciones que de éstos se derivan, como luego se ha ocupado del mismo asunto el vigente Código de Francia en sus arts. 1382 al 1386, cuya doctrina se ha visto confirmada en diferentes sentencias del Tribunal de Casación de

Digitized by Google

aquel pais entre otras en las de 18 de Enero de 1835, 27 Noviembre de 1844, 20 de Febrero de 1849, 3 de Febrero y 11 de Julio de 1857, 21 de Julio de 1862. También concuerda con los arts. 50 y 51 del Código de Suiza, 1382 al 1386 del Código de Belgica; 1280 al 1293 del Código del Uruguay; párrafo 6.° del 1395 y 2277 al al 2297 del de Guatemala, y otros.

Art. 1093. Las que se deriven de actos ú omisiones en que intervenga culpa ó negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas á las disposiciones del cap. 2.° del tit. 16 de este libro.

Consecuencia lógica del anterior artículo es el precepto que se encierra en éste, por cuanto, no cabe duda, que si las obligaciones civiles que nacen de un delito se han de regir por los preceptos del Código penal, no podia menos de consignarse en este Código civil unos preceptos especiales para regular los actos ú omisiones que sin elevarse á la categoria de delitos, proceden de una culpa ó negligencia que no puede quedar sin correctivo, siquiera no sea personal sino pecunaria.

Por todo lo expuesto ha debido dedicarse el cap. 2.°, del tit. 16 de este libro á reglamentar las obligaciones que se contraen sin convención, y entre las cuales parecen encontrarse principalmente las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia comprendidas en los arts. 1902 al 1910 de este mismo Código.

Ya el Digesto en el tit. 2.°, de su lib. 9.° se ocupaba de estas obligaciones, y lo mismo se observa en la Ley 6.ª y la mayoria de las que comprende el tit. 15 de la Partida 7.ª. El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1110 propone preceptos casi idénticos; y concordancias vemos en el último párrafo del art. 1395 del Código de Guatemala y en algunos otros Códigos extranjeros.

CAPITULO II.

De la naturaleza y efecto de las obligaciones.

Art. 1094. El obligado á dar alguna cosa lo está también á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.

Es de tan buen sentido el precepto de este artículo, que no necesita comentarios, porque no cabe duda que el que obligado está á dar una cosa debe conservarla, pues sin su conservación mal podria cumplir aquello á que se obligó. La naturaleza de la obligación de dar una cosa es tal, que el acreedor

Digitized by Google

puede compeler al deudor á que verifique su entrega, y puede ejecutarse hasta obligando materialmente al deudor á que entregue la cosa, y, caso de una injustificada negativa, posesionándose de la expresada cosa por medio de los agentes de la Autoridad, ó haciéndose pago de la cantidad adeudada con el precio que de la venta en pública subasta de la mencionada cosa se sacase.

De manera que atendida la propia naturaleza de la obligación de dar una cosa, vemos que es indispensable consecuencia de ésta la conservación de la expresada cosa, precisamente desde que nace la obligación hasta que es cumplida.

Nada hemos dicho al empezar el comentario de este artículo de la naturaleza de las obligaciones en general, porque ya lo expusimos al tratar del capítulo anterior, pues ya se consignó allí que era un vínculo de derecho del que nacía, bien por la ley, bien por la convención, la necesidad de dar, de hacer ó no hacer alguna cosa, é indicamos lo que en la Instituta se ve como esencial en toda obligación, es decir, la existencia en ésta del *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicuyus rei solvendæ id est faciendæ vel prestandæ;* ya expusimos también lo que el Rey sabio estableció en las Partidas, definiendo la obligación y marcando su naturaleza, pues la consideraba como *ligamento que es fecho segun ley é segun natura;* es decir, que la obligación necesariamente por su naturaleza liga y compele, cuando menos, la voluntad libre de una persona, compeliéndole á dar, hacer ó no hacer alguna cosa lícita cuando de la ley se deriva; y ligando y atando dos voluntades con lazos de la más recíproca y mútua conveniencia cuando es paccional ó se deriva del contrato. De modo que, ya sigamos la fraseología romana, ya el antiguo lenguaje de nuestras Partidas, ya la moderna dicción de nuestros días, hemos de ver siempre en toda obligación por su naturaleza una relación jurídica entre dos personas, bien impuesta por la ley como consecuencia de actos ú omisiones que la produzcan, bien hija de la conjunción de dos voluntades que, expresando su ánimo de realizar un acto, la crean y trazan su desarrollo poniéndose en condiciones de dar alguna cosa, hacer ó no hacer algún servicio por parte del obligado, y compeler á la entrega, ejecución ú omisión por parte de la persona á quien se otorga la acción de obligar.

Y una vez expuesto á grandes rasgos lo más culminante sobre la naturaleza de las obligaciones sin detenernos á examinarla en lo que fué en lo antiguo y en las diferentes clasificaciones que de la misma hicieron los jurisconsultos Paulo, Pomponio y Gayo, en las diferentes opiniones de varios publicistas que en la actualidad se ocupan de las obligaciones, hemos de exponer si, sencillamente que nuestro Código determina de modo bien racional y lógico los efectos de las obligaciones agrupándolas en tres períodos ó formando tres clases; la primera, es la de los efectos de las obligaciones de dar; la segunda, la de los efectos de las obligaciones de hacer; y la tercera, la de los efectos de las obligaciones de no hacer.

Digitized by Google

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1005, proponía un precepto análogo, puesto que expresaba que el obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia y á entregarla bajo la responsabilidad establecida en la sección tercera del capítulo 3.°, en que está consignada dicha prescripción, ó sea bajo resarcimiento de daños é intereses; y el Proyecto de 1882, en su art. 1011, propuso un precepto idéntico al del artículo que de nuestro Código comentamos.

Concordancias se observan en los arts. 1136 y 1137 del Código de Francia; 1219 del de Italia; 1431 y 1432 del de Guatemala; 1294 y 1295 del del Uruguay, 1136 y 1137 del de Bélgica; 1271 y 1272 del de Holanda; 1388 del de Veracruz Llave; 1901 y 1902 del de la Luisiania; 1548 y 1549 del de Chile; 1545 del de México, 837 y 838 del de Vaud; 1545 del de Campeche, 1429 del de la Baja California, 574 del de la República Argentina, 1279 del Sardo y 1141 del de Nápoles; en todos los cuales se ve que por el consentimiento se perfecciona el contrato de que nace la obligación de dar, pero no se crean acciones reales hasta tanto que se verifica la tradición de la cosa, y solo utilizarse pueden acciones personales para obligar á tal entrega.

Art. 1095. El acreedor tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.

Cuanto preceptúa este artículo ha quedado expuesto al comentar el anterior, si bien no de un modo expreso y terminante, pues de propósito no hemos querido entrar á hacer indicación alguna acerca del derecho que á los frutos de la cosa tuviese el acreedor desde que nació la obligación; pues comprendiamos que en éste artículo es donde habría de tratarse de tal extremo.

Discordes están varios publicistas acerca de la razón fundamental del precepto de este artículo, pues si bien, unos ponderan las excelencias del formularismo romano en que, no sólo se estableció una notable distinción entre las culpas lata, leve, y levísima, sinó que se hizo depender la diferencia de derechos de la material tradición de la cosa; y algunos se entusiasman de modo tal con dichas teorías, que, copiando notas del art. 577 del Código Argentino, creen haber cumplido su cometido; otros ponen en duda los sólidos fundamentos que pudiera haber para conceder al acreedor de una cosa los frutos que ésta produzca y no concederle derechos reales sobre la misma mientras no se verifique la tradición material; pues realmente hay motivo para dudar acerca de la lógica de este principio sentado por nuestro Código por efecto sin duda de haberse fijado demasiado en el ritualismo romano, cuando en esta época se crean y desarrollan derechos verdaderamente reales sin que se haga necesaria la tradición material para su establecimiento; tal sucede con el derecho de hi-

Digitized by Google

poteca y con otros varios que podríamos enumerar; pues en efecto, si la obligación de dar una cosa se contrae por convención, es lógico que el contrato se perfeccione al formular el consentimiento mutuo de las partes; pero como la consumación de este contrato no viene hasta que se entregue la cosa objeto de la obligación, de aquí el que hasta entonces no nazca un derecho real en la cosa, y por consiguiente, natural pareceria que hasta aquel entonces el acreedor no tuviese derecho á los frutos de la cosa que habia de entregarse; tanto más cuando esta obligación parece nacer con un carácter suspensivo; y mientras esta suspensión no se resuelva en virtud de lo estipulado, pareceria también natural que los frutos de la cosa que habian de entregarse debieran reservarse para el que se obligara á entregarla si cumplia su entrega en el tiempo pactado; mas si por el contrario no la cumpliese desde el momento en que debiera haberla cumplido, entonces si seria lo lógico que los frutos correspondieren al acreedor, porque ya el deudor cometia una verdadera detentación reteniendo en su poder la cosa más del tiempo debido.

Precedentes encontramos en las Leyes 23 á la 25 y 50, tít. 5.°, Part. 5.ª, aún cuando se refieren principalmente al contrato de compraventa; y en el párrafo 40 del tit. 1.°, lib. 2.° de la Inst., en que se trata de la adquisición de las cosas por la tradición.

Precepto casi idéntico se propuso en el art. 1112 del Proyecto de 1882, y concordancias encontramos en el art. 577 del Código de la República Argentina con relación al último párrafo del que de nuestro Código comentamos, puesto que, siguiendo las principios de la escuela romana, sostiene aquél, que antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real; mientras que en el art. 583 de dicho Código Argentino se previene que todos los frutos percibidos, naturales ó civiles, antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor, mas los frutos pendientes el dia de la tradición corresponden al acreedor; lo cual está conforme con la teoria por nosotros sostenida, pues siendo la posesión un derecho real, lógico es que el obligado á entregar la cosa haga suyos los frutos de la misma mientras la posea y tenga derecho á poseerla.

Alguna analogía se ve en los arts. 1138 del Código de Bélgica, 1272 del Código de Holanda; 1138 del Código de Francia; 1546 de del México; 1430 del de la Baja California; 1546 del de Campeche; y 1389 del dé Veracruz-Llave; pero en estos cuatro últimos se viene sentando el principio, como en el art. 1296 del del Uruguay y el 1273 del de Holanda, de que desde el momento en que el contrato se perfecciona por mutuo consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa que ha de entregarse es de cuenta del acreedor aún antes de la tradición.

Digitized by Google

Ar. 1096. Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el art. 1101, puede compeler al deudor á que realice la entrega.

Si la cosa fuese intermediada ó genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación á expensas del deudor.

Si el obligado se constituye en mora, ó se halla comprometido á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.

Siéntanse en este artículo tres preceptos distintos, que vienen á demostrar el régimen diverso que para los diferentes casos de que trata debe regir en el primero, ó sea cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, es indudable que el acreedor á parte de la indemnización de daños y perjuicios que con arreglo al art. 1101 de este mismo Código puede accionar contra el obligado, haciendo responsable á éste no solo del dolo, sino de la negligencia y morosidad, tiene el indiscutible derecho de usar de la acción personal correspondiente para compeler al deudor á la entrega de la cosa, y responsable dicho deudor debe ser de cuantas consecuencias tuvieren lugar por la falta de esa entrega, pues al obligado á entregar la cosa incumbe principiar el cumplimiento de la obligación traspasándola á poder del acreedor, y, de no verificarlo, éste es quien debe reclamar su cumplimiento pidiendo la entrega de la cosa determinada y específica, objeto de la obligación.

El segundo párrafo del artículo que comentamos viene á diferenciar cuando la obligación recayó en cosa determinada, del caso en que hubiese recaido sobre cosa genérica ó indeterminada; y así como en el primer caso faculta al acreedor para pedir la entrega de la misma cosa, y la indemnización de daños y perjuicios, en el segundo ya se limita la acción personal del acreedor á pedir que se cumpla la obligación á expensas del deudor como sucede cuando la obligación consiste en hacer, según veremos más adelante; y esto se comprende perfectamente, pues no habiendo determinación en la cosa que el deudor ha de entregar en pago y para cumplimiento de su obligación, no hay objeto que directamente esté afecto á la realización de ésta, y por consiguiente el acreedor ha de limitarse á conseguir la satisfacción de su crédito á costa del deudor, no precisamente con la tradición de una cosa de éste, sino con la realización de la obligación á expensas de su deudor.

Viene luego el tercer caso que tiene lugar cuando el obligado se constituye en mora, ó cuando se hubiere comprometido á entregar una misma cosa á varias personas distintas; y en este caso, ya no es el acreedor la persona á quien

Digitized by Google

pueden afectar los riesgos que la cosa corra, sino que mientras ésta no sea entregada, su perecimiento por caso fortuito es de cuenta y riesgo del deudor, pues solo él es el culpable de que la cosa estuviere en su poder cuando pereció, toda vez que, de haber cumplido la obligación contraida, no habria tenido lugar la mora, y la cosa objeto de la obligación hubiera estado en poder del acreedor. Y aún cuando las reglas, que, en el artículo que al presente nos ocupa consignadas deja nuestro Código, tomadas son más ó menos literalmente de prescripciones que consignadas fueron en nuestro antiguo derecho; notamos en unas y otras un vacio ó una falta de lógica determinación en cuanto se refiere al caso en que el obligado se hubiera comprometido á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas, pues en nuestro concepto, según las circunstancias del caso, estos hechos pudieran dar lugar, no simplemente á responder de los casos fortuitos, sino á la comisión de verdaderos delitos de estelionato ó estafa.

Precendentes encontramos no solo en varias leyes del Digesto entre otras las 91, párrafo 3.°, tit. 1.°, lib. 45, y 72, tit. 3.°, lib. 46, sino en las leyes 3.ª, título 2.°, 17.ª tit. 5, y 18.ª tit. 11, Partida 5.ª, habiendo propuesto preceptos idénticos en el art. 1113 del Proyecto de Código de 1882; y encontrándose gran aproximación entre el párrafo último del artículo que comentamos, y el segundo del art. 1006 del Proyecto de 1851.

Concuerda, en cuanto al 2.° párrafo de nuestro art. 1096, con el 605 del Código de la República Argentina, en el que se sienta el principio de que, la obligación de dar cosas inciertas no fungibles determinadas sólo por su especie ó cantidad, da derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación con los perjuicios é intereses de la mora del deudor, si hubiere incurrido en ella, ó para disolver la obligación con indemnización de perjuicios é intereses; mientras que el párrafo 1.° del artículo que comentamos, si bien tiene analogías con los preceptos del cap. 1.°, tit. 7.°, sección 1.ª del lib. 2.°, muy especialmente en sus arts. 574, 578, 584 y 592, no puede verse en ellos verdadera concordancia, por cuanto el Código Argentino, en esta materia, divide las obligaciones de dar alguna cosa, teniendo en cuenta si ésta es mueble ó inmueble, y este último caso si se da para constituir derechos reales sobre la misma ó para transferirla al objeto de devolvérsela á su dueño ó de otro modo de los que en dicho título se expresan.

Tiene también alguna relación con el art. 1388 del Código de Veracruz-Llave, y con los arts. 1272 al 1274 del Código de Holanda, observándose que en los arts. 1546 y 1547 del Código de México, 1430 y 1431 del de la Baja California, y 1546 y 1547 del de Campeche se previene que desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aún cuando ésta no le haya sido entregada; pero el riesgo será de cuenta del deudor, si por su culpa se perdiere ó deteriorare la cosa que estaba en su

Digitized by Google

poder; mientras que en los Códigos de Francia y Bélgica vemos en sus artículos 1138 (coinciden hasta en su numeración) que la obligación de entregar la cosa es perfecta, por sólo el consentimiento de los contratantes; y que el acreedor se hace propietario de la cosa desde el momento en que debió entregársele, aún cuando no se haya verificado la tradición, á no ser que el acreedor sea moroso, en cuyo caso queda la cosa por cuenta y riesgo de éste último. Y luego esos mismos Códigos explican de modo bien claro lo que debe hacerse cuando el deudor tiene obligación de entregar la misma cosa á dos personas sucesivamente, pues preceptúan en sus arts. 1141 que si la cosa fuese puramente inmueble, será preferida la persona que primeramente hubiera tomado posesión real de la cosa, y queda propietaria del objeto, aún cuando su título sea posterior en fecha, con tal de que la posesión sea de buena fé.

Art. 1097. La obligación de dar cosa determinada, comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados.

Evidente es el precepto que entraña este artículo, puesto que teniéndose como inconcuso el principio jurídico de que lo accesorio cede á lo principal, no podía menos de consignarse en nuestro Código la doctrina que ese mismo principio establece y que ha servido de base á múltiples decisiones haciendo ya axiomático y hasta vulgar el principio de derecho antes enunciado.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1114 propuso idéntico precepto; y concordancias encontramos en el art. 1535 del Código de Guatemala; 1651 del Código del Uruguay; 575 del Código de la República Argentina; que es casi idéntico al nuestro; 1518 del Código de Holanda, que preceptúa que la obligación de entregar la cosa, comprenderá todos los accesorios y todo lo que se haya destinado á su uso perpétuo, así como los títulos de propiedad si existen; 1615 de los Códigos de Francia y Bélgica, 1471 del Código de Italia, existiendo perfecta analogía entre nuestro artículo y los 2991 del Código de México, 2860 del Código de la Baja California y 2991 del de Campeche, cuyos tres Códigos que contienen la misma literal prescripción, y expresan que el vendedor debe entregar todos los frutos producidos desde que se perfeccionó la venta, los rendimientos, accesiones y títulos de la cosa.

En términos parecidos vienen extendidos los Códigos citados de Uruguay y Guatemala, preceptuando el primero, en su repetido art. 1651, que la obligación de entregar la cosa comprende la de sus accesorios; y con mayor latitud el de Guatemala consigna en el ya citado art. 1535, que dicha obligación se hace extensiva también á cuanto se destinó para el uso perpétuo de la cosa; con cuyo precepto guardan la más completa identidad los Códigos de Francia, Italia y Bélgica en los artículos ya citados de cada uno de ellos.

Digitized by Google

Más expresivo, hasta cierto punto, el Código de Portugal, previene en su art. 1575 que el vendedor debe entregar lo vendido en el estado en que se encontraba al tiempo del contrato, y también sus frutos, rendimientos, accesiones y títulos, si otra cosa no se estipulase.

Art. 1098. Si el obligado á hacer alguna cosa no la tuviere, se mandará ejecutar á su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

Son tres los conceptos que abarca éste artículo: Primero, el de un obligado á hacer alguna cosa que no la hiciera; en cuyo caso, prescribe la ley que se mande ejecutar á su costa. Esto no es tan fácil como á primera vista parece, pues realmente en obras de arte, en obras literarias ó musicales, no es fácil sustituir unas buenas firmas, unos trabajos notables con otras obras de ménos hábiles autores: no es fácil que uno ejecute un cuadro con el mismo gusto, el mismo estilo, é idéntico colorido que otro; así es, que el principio sentado no es fácil de desarrollarlo en absoluto: y como la ley no puede sentar nada en absoluto, de aquí el que debe suponerse que al ordenar que se ejecute á su costa lo que el obligado á hacer no efectuó, debe entenderse de una manera relativa.

Lo mismo encontramos justo el segundo concepto que envuelve este artículo, pues es natural que si lo que se ejecuta se hace contraviniendo á la obligación contraida, habráse de ordenar se ejecute en la forma y modo que se estipuló.

Y siendo el tercer concepto el complemento del segundo, no podemos ménos de estar conforme en que se establezca la facultad de deshacer ó no lo mal hecho.

Precedentes encontramos en las leyes 12, 13 y 25 del tit. 11, Partida 5.ª; y 5.ª, tit. 27, Partida 3.ª, en las cuales se prevenia que el juez puede compeler al obligado á efectuar lo que prometió ó aquello á que se obligó; así como anteriormente se habia ocupado del mismo asunto el párrafo 7.º, tit. 16, lib. 3.º de la Instituta.

Los Proyectos de 1851 y 1882 respectivamente propusieron preceptos análogos en sus arts. 1008 y 1115.

Concuerda con los arts. 1143 y 1144 del Código de Francia, 1220 y 1222 del de Italia, 1143 y 1144 del de Bélgica, 846 del de Vaud, 1276 y 1277 del de Holanda, 711 y 712 del de Portugal, 111 y 112 del de Suiza, 1555 del de Chile, 629 y 630 del de la República Argentina, 1921 y 1922 del de la Luisiana, 1299 y 1300 del del Uruguay, 1542 y 1543 del de México, 1426 y 1427 del de la Baja California, 1542

Digitized by Google

y 1543 del de Campeche, 1449 del de Guatemala; siendo de advertir que así como los de México, Baja California y Campeche están conformes en que el acreedor de prestación de hecho, puede pedir en lugar de daños y perjuicios, la autorización para hacerse prestar por otro el hecho que sea objeto del contrato, á costa del obligado y cuando la sustitución sea posible; y hasta reclamar la sustitución de lo mal hecho, como prescribe también nuestro Código; otros Códigos entrañan en sus preceptos análogos principios, pero sin la uniformidad que los últimos citados tienen con el que comentamos: así se ve en los ya indicados de la Luisiana, en que se previene que, en caso de inejecución de un contrato que contenga obligación de hacer ó no hacer, aquel en cuyo favor se ha contraido la obligación puede pedir daños y perjuicios, ó si esta indemnización es insuficiente, se podrá reclamar la ejecución del contrato á su elección, y en todos los casos, daños y perjuicios.

Art. 1099. Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior, se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido.

Lógico en extremo es el precepto que acaba de consignarse, pues si, cuando el que está obligado á hacer, obrare en contravención á lo pactado, puede mandarse ejecutar á su costa lo que se obligó, y deshacer lo mal hecho, no cabe duda que cuando se hace una cosa que no debia hacerse por aquel que se obligó á no hacer, podrá de la misma manera decretarse que se deshaga lo que se hizo estando prohibido hacerlo. Esto es obvio y de tan buen sentido que cuanto se diga en contra podria calificarse de absurdo.

Lo mismo se propuso en el art. 1009 del Proyecto de 1851 y el art. 1116 del Proyecto de 1882, y precedentes vemos en varias leyes del Digesto entre otras las 13 ª, tit. 2.°, lib. 8.°, y 5.ª, párrafo 9.°, tit. 1.°, lib. 39 de dicho cuerpo de Derecho; concordando con los arts. 1143 del de Bélgica, 1221 y 1222 del de Italia, 633 de la República Argentina, 1544 del de México, 1423 del de la Baja California, 1544 del de Campeche, 1394 del de Veracruz-Llave, 1920 y 1921 del de la Luisiana, 1276 y 1278 del de Holanda, 1555 del de Chile, 844 y 846 del de Vaud, 1299 y 6301 del del Uruguay, 1449 del de Guatemala y otros.

Art. 1100. Incurren en mora los obligados á entregar ó á hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial ó extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1.° Cuando la obligación ó la ley lo declaren así expresamente.

Digitized by Google

2.° Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa ó hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro cumple ó no se allaná á cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Aun cuando este artículo comprende varios apartados, realmente sus conceptos jurídicos pueden reducirse á dos: el primero, el que se refiere á determinar cuando se incurre en mora, estableciendo como regla general que, desde el momento que á los obligados á entregar ó hacer alguna cosa les exija el acreedor judicial ó extrajudicialmente el cumplimiento de tal obligación, los obligados incurren en mora: cuya tesis supone que es lo ordinario y general no se conceptúe incurso en mora á deudor alguno mientras no justifique el acreedor haber hecho las reclamación corrospondiente, judicial ó extrajudicial.

Mas luego viene el párrafo siguiente con sus dos numeros consecutivos determinando la excepción á esa regla anteriormente sentada; y con tal motivo se prescribe que no es necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista, en primer término cuando en la obligación asi se hubiere pactado, ó cuando se tratare de obligaciones respecto de las que la ley hiciere una declaración expresa de que no es necesaria tal intimación para que se incurra en mora: y en segundo lugar, cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato, de la época en que del mismo aparece ha de entregarse la cosa ó prestarse el servicio, venga á deducirse claramente que una fecha dada fué tenida en cuenta al contraer la obligación y determinó el motivo de su establecimiento: de manera que en cualquier obligación en que se vea la designación de la época del cumplimiento, ó la determine tácita ó expresamente el motivo ó el fin para que se estableció, no hay necesidad de reclamación del acreedor para que sobrevenga la mora desde la época en que tuviere lugar ó se desarrollase ese motivo de su constitución.

Además de esto, el último apartado del artículo que comentamos, encierra dos principios fundamentales que son de buen sentido y que se adaptan á la buena comprensión de todos, pues á poco que se discurra, se comprende perfectamente que en las obligaciones recíprocas no puede incurrirse en mora por ninguno de los obligados, mientras alguno de ellos no empiece á cumplir la obligación, porque en estos casos la relación jurídica establecida entre los obligados, es mútua y tiene una correlación tal, que se complementan: así es que

Digitized by Google

sólo cuando uno de los obligados cumple su obligación, puede conceptuarse que empieza á incurrir en mora el otro obligado que no dá cumplimiento á la suya.

Y esto no es nuevo: fundado está en los más universales y eternos principios de justicia y equidad, y ya en las leyes del pueblo romano, como en el nuestro antiguo derecho pátrio, se vertia la misma doctrina.

Precedentes encontramos en las Leyes 12, tít. 33, lib. 8.° del Código Romano; 32, tít. 1.°, lib. 22 del Digesto, y 18 y 35, tít. 11, Part. 5.ª, y en otras disposiciones tanto del Derecho Romano, como de nuestro antiguo Derecho pátrio.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882 respectivamente, en sus arts. 1007 y 1117, proponian preceptos casi idénticos; y concordancias vemos en los artículos 1223 del Código de Italia, 1391, 1392 y 1395 del de Veracruz-Llave, 1139 del de Francia, 1274 del de Holanda, 1139 del de Bélgica, 840 y 847 del de Vaud, 1557 y 1558 del de Chile, 1433 del de Guatemala, 1297 del del Uruguay, 1614 del de Colombia, 1904 y 1907 del de la Luisiana, 1093 del de Nápoles, y el 1239 del Sardo; 1550 en relación con los arts. 1548 y 1539 del Código de México, pues aun cuando en estos dos últimos citados no se exprese la palabra mora, ambos se ocupan de la responsabilidad de daños y perjuicios en que incurre el moroso, y el 1550 ya citado, es casi igual al último párrafo del artículo que de nuestro Código comentamos; observándose idéntica analogia en los arts. 1434, 1432 y 1423 del Código de la Baja California, y en los arts. 1550, 1548 y 1539 del de Campeche, que inversamente se citan de propósito.

Los arts. 509 y 510 del Código de la República Argentina, son los que relacionados armónicamente presentan más semejanza con el nuestro; y realmente la cuestión de la mora depende de miles de circunstancias que la hacen hasta cierto punto casuística, y aun que por regla general sea preciso el requirimiento por parte del acreedor para que el deudor incurra en ella, además de los casos que anteriormente hemos indicado como excepcionales, no se necesita esa reclamación para que la mora tenga lugar cuando se hace imposible la petición por causa que proviene de su persona, cuando la obligación resulta de una posesión de mala fé ó de un delito, y cuando el retardo de una ejecución equivale á una falta de cumplimiento completa. Así lo han venido también sosteniendo algunos autores, entre ellos el célebre romanista Maynz; y sin extendernos más en consideraciones sobre el particular, que al presente nos ocupa, hemos de terminar manifestando que la doctrina sentada en nuestro Código vino sosteniéndose, como hemos ántes indicado, en nuestras Leyes de Partida, y sustentada ha sido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre otras, la de 7 Marzo de 1867 y la de 3 Enero de 1887, determinándose en algunas de las sentencias á que aludimos, que solo se incurre en mora y se devengan intereses desde la interpelación judicial, si otra cosa no se hubiere pactado en contrario.

Digitized by Google

Art. 1101. Quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia ó morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellos.

Como se ve por el anterior precepto, la responsabilidad para los que incurren en dolo, negligencia ó morosidad, queda reducida á la indemnización de daños y perjuicios; pero nosotros entendemos que no puede equipararse el dolo con la negligencia, ni estos con la morosidad; que la negligencia podria hasta ser escusable en algunos casos, mientras que la morosidad no lo es nunca; y que el dolo además de la responsabilidad civil, debe dar lugar á la responsabilidad criminal; como comprendemos también que la indemnización de daños se limita á la de las pérdidas reales y efectivas, mientras que la de los perjuicios se extiende á la indemnización de las ganancias que han dejado de obtenerse por causa del dolo, mora ó negligencia del obligado.

Los Proyectos de Código de 1851 y de 1882, en sus respectivos arts. 1011 y 1118 proponian preceptos idénticos.

Precedentes encontramos en la ley 18.ª, párrafo 3.°, tit. 5.°, lib. 39; final de la 62.ª, tit. 1.°, lib. 21; 72.ª, párrafo 3.°, tit. 1.°, lib. 35; 17.ª, párrafo 1.°, tit. 4.°, lib. 6.°; 2.ª, párrafo 8.°, tit. 4.°, lib. 3.°; 3.ª, párrafo 3.°, tit. 1.°, lib. 19; 8.ª, tit. 1.°, lib. 22 del Digesto; se halla en relación con los arts. 1269 y 1270 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 1146 del de Francia, 1125 del de Italia, 1146 del de Bélgica, 511 al 513 del de la República Argentina, 1279 al 1282 del de Holanda, 1557 del de Chile, 1443 del de Guatemala, 1302 del del Uruguay, 847 del de Vaud, 1924 y 1925 del de la Luisiana, 1582 del de Campeche; 1439, 1440 y 1466 del de la Baja California; 1582 del de México; y otros, sosteniendo todos principios análogos muy semejantes á los sostenidos por el Tribunal Supremo de Justicia en diferentes sentencias, entre otras las del 24 de Abril de 1863, de 7 Febrero de 1887 y 2 de Abril del mismo año.

Art. 1102. La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

Vamos notando ya las diferencias que este Código establece entre el dolo y la negligencia, el dolo y la mora, puesto que sin más que leer el artículo que comentamos, se ve que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones, mientras que la negligencia y la mora no siempre hacen responsable al obligado, y aunque se extendiese á todos los casos y penetrase en todas las obligaciones podria renunciarse á hacer efectiva tal responsabilidad, mientras que es nula y de ningún valor la renuncia que se hiciere de

Digitized by Google

hacer efectiva la responsabilidad por causa de dolo. Y esto se comprende perfectamente sin más que tener en cuenta que el dolo es siempre punible, se eleva á la esfera de los delitos, y por estar interesada la vindicta pública en su castigo, no es posible su renuncia, mientras que la negligencia y la mora quedan más en la esfera del derecho privado, sin traspasar la frontera del derecho público penal.

Precedentes vemos en las leyes 27.ª, párrafo 3.º, tit. 14, lib. 2.º; 5.ª, párrafo 7.º, tit. 7, lib. 26 del Digesto; regla núm. 23 de *Regulis juris*; *Non valere, si convenent, ne dolus præstetur*: Ley 29, tit. 11, Partida 5.ª de la que parece una copia el precepto que de nuestro Código comentamos, y está en relación con los arts. 1269 y 1270 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1364 del Código de Holanda, 1116 del de Bélgica, 1115 del de Italia, 1116 del de Francia, 817 del de Vaud, 507 del de la República Argentina, 1409 al 1411 del de Guatemala, 1236 y 1237 del de Uruguay, 663 del de Portugal; 1414, 1419, 1576 y 1577 del de Campeche; 1297, 1302, 1460 y 1461 del de la Baja California; 1414, 1419, 1576 y 1577 del de México.

Art. 1103. La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

Esto está conforme con lo que anteriormente hemos expuesto, pues no puede considerarse igual la responsabilidad procedente de negligencia en el obligado, que la del dolo y la de la morosidad en las que cabe más intencionalidad y la volición es siempre segura; pero si bien el Código sienta la tésis de que la responsabilidad por este concepto es siempre exigible en el cumplimiento de toda obligación, no puede imponerse igual rigor en unas que en otras, pues á veces se presenta la negligencia en circunstancias tales que, como hemos dicho, se hace excusable, y como de pretenderse dictar todas las reglas necesarias para determinar todas las ocasiones en que merece tenerse como excusable, se haria el Código casuístico en extremo, el legislador ha confiado su apreciación á los Tribunales de Justicia, dándoles así una facultad discrecional que demuestra la confianza que aun se tiene en lo que llaman hoy justicia histórica, que tan mal tratada está por algunos, y que aun honra á los que saben respetarla, viéndose honrada á sí misma por su habitual imparcialidad. Decimos esto, porque los redactores del Código y el Ministro que lo refrenda han dado con el precepto que nos ocupa una gran prueba de su cordura y buen juicio, pues demasiado saben todos los hombres honrados que, separada la justicia de la política, es generalmente lo que debe ser, y que si hubiera en ella algún ser venal que se someta á influencias bastardas, indigno

Digitized by Google

se hace de su sacrosanta misión, como indignos son todos los que la rodean para corromperle, porque en esto es tan malo el que impulsa como el que mal obra.

El Proyecto de Código de 1851 en el art. 1013 propuso sustancialmente los mismos preceptos, é idénticos parecen los que proponía el art. 1120 del Proyecto de 1882, viéndose precedentes en el párrafo 3.°, tit. 15, lib. 3.° de la Institución de Justiniano; leyes 23 y 155 de *Regulis juris*, lib. 50, tit. 17 Digesto.

Concuerda con los arts. 511 del Código de la República Argentina, 1436 y 1488 del Código de Guatemala, 1563 del de Campeche, 1447 del de la Baja California, 1563 del de México y otros, todos cuyos preceptos, más que concordancias, guardan analogía con el nuestro, puesto que tratan de la culpa lata cuya decisión queda al criterio judicial.

Art. 1104. La culpa ó negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda á las circustancias de las personas del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería á un buen padre de familia.

Expone este artículo lo que es la negligencia ó culpa; que en lo antiguo se denominó culpa lata, y aunque no entraña una verdadera y técnica definición, envuelve el concepto jurídico que antiguamente se tenía de la culpa lata, lo cual, repetimos, demuestra que así como en el dolo hay siempre volición de engañar y defraudar á aquellos con quienes se entablan relaciones jurídicas, en la culpa ó negligencia hay apatía, abandono quizá, falta de diligencia necesaria para que la obligación se cumpla según su naturaleza y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar donde deba cumplirse; esa falta de cuidado que un buen padre de familia debería tener en sus propios asuntos, sobre las cosas de su propiedad, como los romanos decían *sicud bonus parter familias*.

Reconocían nuestras leyes de Partida tres clases de culpa, *lata* ó *grave*, *leve* y *levísima*, mientras que sólo las dos primeras se sostenían ante el derecho romano; y aunque estas divisiones, según Barbeyrac acertadamente entiende, por ingeniosas que sean, poca utilidad reportan en la práctica, acostumbrados á esa clasificación los pueblos de la raza latina, parece les sirve de guía para medir la mayor ó menor intensidad de la responsabilidad del que en mayor ó menor escala abandona el cumplimiento de sus obligaciones; mas como siempre será necesario en cada caso que ocurra poner en claro si la obli-

Digitized by Google

gación del deudor es más ó menos estricta, cuál es el interés de las partes que intervinieron al crear aquella relación jurídica, cuál fué su intención al obligarse, y cuáles las circunstancias todas del acto ó contrato de que dimana aquella obligación, para que ilustrada convenientemente la conciencia del Juzgador con tales antecedentes puede fallar con equidad, huelgan ciertas reglas incompletas, están de más las trabas de la desconfianza, las pautas sistemáticas que matan la filosofía del derecho y el recto criterio de los hombres probos. Dénse principios inconcusos de derechos, siéntense bases fundamentales, inequívocas, que en conformidad se encuentren con el derecho natural y la equidad, y déjese que discurra el hombre de ley; déjese algo al criterio judicial que honrada conciencia tiene, aunque se le exija la responsabilidad consiguiente, tanto más grande cuanto mayor sea su libertad; tanto más dura cuanto más incorrecto sea su modo de obrar. Así se obtendrá recta é imparcial justicia; con reglas casuísticas y caóticas se empequeñece la Justicia, se convierte en máquinas á los Juzgadores y se dificulta su buena administración, puesto que los casos no son todos iguales. Por esto aplaudimos el art. 1104 que al presente nos ocupa, y que algunos publicistas rudamente le combaten; por eso, rompiendo los estrechos moldes del formularismo antiguo, suprimiríamos la rutina y anticuada tecnología de ciertos instrumentos públicos; por esto, siguiendo las brillantes teorías de Zachariæ y otros tratadistas, nos apartamos de la oscuridad de aquella antigua teoría sobre la prestación de las culpas ante el derecho; pues no hay manera de sentar reglas fijas y razonables sobre esas culpas latas, leves y levísimas; pues si puede haber culpa que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto á las obligaciones especiales que les son impuestas, son más ó ménos graves unas que otras; no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias de lugar, tiempo y personas, pueda ser clasificada por datos abstractos, por una medida invariable y absoluta como lata, leve y levísima, puesto que la gravedad de la culpa, y hasta su misma existencia, está siempre en relación de su imputabilidad, en razón de las circunstancias que antes hemos sentado, en razón de las circunstancias del caso y de los fundamentos que la originan. La ley en este punto no puede ser otra que la conciencia del Juzgador. No sea éste en extremo riguroso, ni en demasía indulgente, no se aparte de lo razonable, y hará justicia extricta.

El art. 1013 del Proyecto de 1881 proponía un precepto análogo, y el Proyecto de 1882 propuso la misma prescripción que el artículo que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 1101, 1102 y 1202 del mismo.

Concuerda con los artículos 1149 del Código de Francia, en parte; 1114 y 1224 del de Italia; 1149 del de Bélgica; párrafos 2.° y 3.° del art. 717 del de Portugal; 1547 del de Chile, 1238 del Sardo, 1102 del de Nápoles, 1562 y 1563 del de Campeche, 1446 y 1447 del de la Baja California, 1562 y 1563 del de Mexico, y otros, siendo estos tres últimos notabilísimos y los más parecidos al nuestro.

Digitized by Google

Art. 1105. Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que asi lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, ó que, previstos, fueran inevitables.

Es evidente que de los sucesos imprevistos y de los inevitables nadie puede responder, á no ser en los casos expresamente designados por la ley ó de los que así se estipule marcadamente al constituir la obligación. Y por ser tan obvio no necesita comentario el precepto que nos ocupa.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, tit. 24, lib. 4.° del Código; 1.ª, párrafo 35, tit. 3.°, lib. 16; y 18.ª, tit. 6.°, libro 13 del Digesto; 3.ª, tit. 8.°; 8.ª, título 8.°, Partida 5.ª, y 11.ª, tit. 33, Partida 7.ª.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 1014 y 1122 propusieron preceptos análogos, y concordancias encontramos en los artículos 1148 del Código de Francia; 1226 del de Italia; 1148 del de Bélgica; núm. 2.° del 1927 del de la Luisiana, 849 del de Vaud, 1281 del de Holanda, 1238 del Sardo, 1102 del de Nápoles, 513 y 514 del de la República Argentina, 1604 del de Colombia, 1575 y 1578 del de Campeche, 1459 y 1462 del de la Baja California, 1575 y 1578 del de México, y otros. Vemos en las notas al Código Argentino algunos razonamientos que, tomados han sido por cierto comentarista como doctrinas estudiadas en las obras del gran publicista francés Troplong, cuando realmente es una copia literal de lo que se expone en dicho Código Argentino al tratar de los casos fortuitos naturales, diferenciandolos de los extraordinarios, pues se sostiene por aquel legista, que los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos mientras por su intensidad no salgan del orden común, y que por lo tanto, no se debe calificar como caso fortuito de fuerza mayor ningún acontecimiento que sea resultado del curso ordinario regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los rios, etcétera, etc.

Art. 1106. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

En este precepto viene á demostrar el legislador que cuando la indemnización comprenda no sólo los daños sino los perjuicios, se extiende además del reemplazo del valor de la cosa perdida á la ganancia que hubiere dejado de obtener el acreedor por no disponer de aquella cosa ó de su valor, lo cual, bien á las claras da á entender que la indemnización por daños es mucho me-

Digitized by Google

nor que la de daños y perjuicios, y que, aun en la de perjuicios sola, puede ser de mayor importancia que en la de daños, según el tiempo que ésta tardare á efectuarse, pues mientras la del daño no puede variar en su entidad, la de los perjuicios está en razón directa del tiempo que se tarde en abonar el valor de la cosa perdida y por consiguiente será mayor cuanto más se dilate el cumplimiento de la obligación, pero la ley no se presenta absoluta en este caso, y, despues de sentar la regla general que acaba de indicarse, hace salvedad de las demás prescripciones excepcionales que á continuación se consignan.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1015 propuso un precepto casi idéntico al que al presente nos ocupa, y el art. 1123 del Proyecto de 1882 tiene la misma analogía; mas estos principios no son nuevos, pues tanto la ley 13.ª, tit. 8.°, lib. 46 del Digesto, como la ley 13.ª, tit. 11, Partida 5.ª se ocupaban ya con sumo acierto del daño y del menoscabo, estableciendo así esas diferencias entre el *cuantum mihi habest* equivalente al daño y el *cuantumque lucrare potuit* en equivalencia al menoscabo. De manera, que ya en nuestro antiguo derecho vemos reconocida esa diferencia necesaria entre el daño y el perjuicio, diferencia que se llegó á hacer vulgar bajo los nombres de daño emergente y lucro cesante; mas no por esto se confundia ni confundirse debe el valor intrinseco de la cosa que es de lo que ha de responderse con la indemnización de daños, con el precio de afección particular, pues éste no podrá tenerse en cuenta á los efectos de tal indemnización sino cuando la responsabilidad proceda de delito.

Concuerda con los arts. 1149 del Código de Bélgica, 1227 del de Italia, 1282 del de Holanda, que en lo esencial es idéntico al nuestro; el 1149 del de Francia, el 706 del de Portugal, el 1103 del de Nápoles, el 1400 del de Veracruz-Llave, el 1613 del de Colombia, el 850 del de Vaud, el 519 del de la República Argentina, 1306 del del Uruguay, 1441 y 1442 del de Guatemala, 1580 y 1581 del de Campeche, 1465 del de la Baja California, el 1580 y 1581 del de México, 1239 del Sardo, 116 del de Suiza, y otros; debiendo hacerse presente que mientras los preceptos citados de los Códigos de Francia, Bélgica, Uruguay, Holanda, Mexico, Campeche, Baja California y Veracruz-Llave son casi idénticos al que de nuestro Código comentamos, y se ocupan de los daños y perjuicios en la forma que lo hace el nuestro, el Argentino, estando conforme con el nuestro, difiere bastante en su redacción, y el de Guatemala sostiene todavia la teoria de la indemnización de perjuicios como comprensiva del daño emergente y el lucro cesante, viéndose, más que concordancia, cierta analogia en los preceptos ya citados de los Códigos de Italia, Portugal y otros.

Art. 1107. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fé son los previstos ó que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

Digitized by Google

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

Viene á sostenerse con los preceptos de este artículo la diferencia palmaria que existe y existir debe entre la indemnización de daños y perjuicios por causa de dolo, y la que pueda tener lugar no obstante la buena fe del deudor; pues se preceptúa de modo bien terminante que en este último caso sólo se hace responsable de los daños y perjuicios previstos ó que se hubieran podido prever al constituir la obligación, ó sean una consecuencia inmediata de su cumplimiento; mientras que, cuando hay dolo, el obligado ha de responder precisamente de todos los daños y perjuicios que se irroguen por la falta de cumplimiento de su obligación, lo cual es en extremo justo y equitativo por cuanto si así no fuese se confundirían de un modo lamentable los obligados de buena fe con los obligados dolosos, y se estableceria una igualdad de responsabilidades absurdas que ninguna ley positiva puede sentar ni ajustándose á la equidad podria sostenerse.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882 en sus arts. 1016 y 1024 proponian respectivamente preceptos análogos; y, si bien no encontramos precedentes terminantes de los cuales puedan conceptuarse deducidos en absoluto los preceptos del artículo que comentamos, es indudable que tienen bastante relación con lo establecido en el lib. 7.º, tit. 47 del Código Romano, como la tiene con el art. 1152 de este mismo Código; y concordancias vemos en los artículos 1150 y 1151 del Código de Francia, 1228 y 1229 del de Italia, 116 del de Suiza, 1401 del de Veracruz-Llave, 707 del de Portugal, 1938 del de la Luisiana, 1283 y 1284 del de Holanda, 1150 y 1151 del de Bélgica, 1606 del de Colombia, 1037 del del Uruguay, 520 y 521 del de la República Argentina, 1558 del de Chile, 851 del de Vaud, 1582 del de Campeche, 1466 del de la Baja California, 1582 del de México; 1443, 1444 y 1448 del de Guatemala; debiendo hacer presente que tanto éstos artículos como los citados de los Códigos de Campeche, Baja California y México, si bien tienen alguna relación más ó menos remota con el que de nuestro Código comentamos, no pueden conceptuarse como verdaderos concordantes, por cuanto en ellos no se establece la diferencia que en el nuestro vemos entre las responsabilidades del deudor doloso y el de buena fe.

Art. 1108. Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y á falta de convenio, en el interés legal.

Digitized by Google

Mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés de 6 por 100 al año.

Este artículo que á primera vista no presenta dificultad alguna, y que en la esencia es de buen sentido, puede dar lugar á dudas en nuestro concepto, pues no dejará de haber quien lo considere contradictorio con el art. 1106 antes comentado, ya que diferenciándose allí tan perfectamente como se diferencia el concepto jurídico de daños del de perjuicios, y refiriéndose el primero al abono de la pérdida que se hubiese sufrido en la cosa ó en la cantidad, ó huelga la palabra daños en el art. 1108 que ahora comentamos, ó, conforme con la textura del art. 1106 el deudor moroso, cuando la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, no solo debe pagar los intereses convenidos ó los legales, á calidad de indemnización de perjuicios, sino la cantidad que obligado estaba á entregar, cuya pérdida implicaría un verdadero daño; si bien que reflexionando un poco se habrá de convenir en que el interés que deberá abonarse según el artículo que comentamos participa de la doble naturaleza de daños por la pérdida que el acreedor haya podido experimentar durante el tiempo que de haberse cumplido la obligación hubiera podido utilizar aquella suma, y de perjuicios, por la ganancia que hubiese dejado de percibir en dicho tiempo, lo cual acumulado se computa en el interés que el legislador deja al arbitrio de los otorgantes, y caso de no haberlo estipulado en el seis por ciento, que es lo que ya se consignó anteriormente.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882 propusieron preceptos análogos en sus respectivos arts. 1017 y 1125, debiendo hacerse presente que en ninguno de estos Proyectos se trata de los daños sino de lo que debe abonarse por vía de indemnización de perjuicios, lo cual en nuestro concepto está mucho más en perfecta relación con las diferencias sentadas entre indemnización de daños é indemnización de perjuicios.

En otro lugar tratamos ya de lo que era el interés legal que fija en el 6 por 100 la Ley de 14 de Marzo de 1856, ley que reproduciríamos aquí si no fuera por dar una mayor extensión á este comentario, y en virtud de la cuál, aunque queda abolida la tasa, dejando en libertad á los interesados para fijar el interés del capital que tengan por conveniente, á falta de convención, se conceptúa como hemos indicado antes, que es el 6 por 100 el interés legal.

Respecto á precedentes, hemos de repetir que se encuentran en el art. 8.° de la citada Ley de 14 de Marzo de 1856; y con anterioridad algo análogo se había expuesto, aun que no es completamente concordante, en la Ley 19, tit. 7.°, lib. 18 del Digesto.

Concuerda con los arts. 1153 del Código de Francia, cuya doctrina confirmada fué en diferentes sentencias, entre otras, la de 8 de Marzo de 1853, 24 Mayo de 1854, 8 Febrero de 1864, y varias otras dictadas por el Tribunal de Casación

Digitized by Google

de aquel país: concuerda así mismo con los arts. 1231 del Código de Italia, 1153 del de Bélgica, 720 del de Portugal, 854 del de Vaud, 1286 del de Holanda, 1928 y 1930 del de la Luisiana, 1144 del de Guatemala, 1309 del del Uruguay, 1559 del de Chile, 1617 del de Colombia, 622 del de la República Argentina, 1104 y 1120 del de Nápoles, 1214 del Sardo, 1567 del de Campeche, 1451 del de la Baja California, 1567 del de México, y otros.

Art. 1109. Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto.

En los negocios comerciales se estará á lo que dispone el Código de Comercio.

Los Montes de Piedad y Cajas de Ahorros, se regirán por sus reglamentos especiales.

Es de buen sentido lo que expresa el artículo que acaba de consignarse, pues nadie puede poner en duda que los intereses vencidos, desde el momento que son reclamados judicialmente, devengan intereses legales aun cuando nada se pactase en la obligación de que se derivan; de manera que desde la incoación de la demanda habrá derecho á percibir el seis por ciento del capital que se forme con los intereses vencidos acumulados.

En cuanto á los negocios puramente comerciales, no puede estar más acertado este Código al referirse á las prescripciones del Código de comercio, entre las que principalmente las comprendidas en los arts. 50 al 63 y 316 de aquél Código, están en perfecta relación con las del artículo que al presente nos ocupa, pero especialmente el art. 316 viene á demostrar que los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, y en su defecto el legal.

Respecto de los Montes de Piedad y Cajas de Ahorros, ya nos ocupamos al tratar del art. 464 de este mismo Código, en cuya ocasión se citaron disposiciones varias relativas á tales establecimientos, entre otras la Real orden de 26 de Marzo de 1884; mas hoy deberemos llamar la atención de nuestros lectores relativamente á los Reglamentos de 23 Enero de 1873 y de 13 Julio de 1880, los cuales transcribiríamos con gusto á continuación, si no fuese por hacer difuso este trabajo.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1126 proponia preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1154 del Código de Francia, 1232 del de Italia, 1154 del de Bélgica, 1445 del de Guatemala en relación con el 1925 del mismo Código; 1287 del de Holanda, 623 del de la República Argentina, 1599 del de Chile,

Digitized by Google

y otros; si bien algunos, como el de Bélgica, imponen la obligación para cobrar intereses de intereses, que éstos sean los correspondientes á un año entero cuando menos.

Art. 1110. El recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto á los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto á éstos.

El recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciere reservas, extinguirá la obligación en cuanto á los plazos anteriores.

Pocas dificultades ofrece lo consignado en este artículo, pues es de buen sentido que quien firma el recibo del último plazo de lo que se le adeuda, debe conceptuarse que no lo haria sin haber recibido los anteriores plazos; y bajo esta hipótesis le basta al obligado conservar el último recibo; mas para evitar dudas de todo género no ha de deducirse que es el último plazo el satisfecho por la fecha que lleva el recibo igual á la que corresponderia realizar el pago, sino que en nuestro concepto debe expresarse en el recibo que es el correspondiente al último plazo; es decir que el pago no ha de presumirse de un recibo con fecha determinada, sino que ha de verse de un modo claro y expreso declarado en el último recibo, pues de lo contrario, podria darse lugar á que un deudor doloso que llevase intencionalmente su morosidad entreteniendo al acreedor con promesas hasta la última fecha de su obligación, arrancando un recibo habilidosamente en que se consignase la cantidad correspondiente á un plazo satisfecho en esa última época, defraudase al que con la mejor buena fé le proporcionaba un recibo poco expresivo.

En cuanto al otro concepto que envuelve este artículo, de considerarse cobrado capital é intereses cuando al dar recibo del capital nada se mencionase respecto á los réditos, tambien ocasionará un peligro, y es el de que, si la obligación se constituyó entre un deudor extremadamente sagáz y un acreedor con demasiada buena fé y pocos conocimientos, entendiere este que sólo debe hacer mención en el recibo de aquello que se recibe, limitándose á consignar que recibe el capital, puede quedar perjudicado por no haberse hecho expresión alguna de lo que dejó de percibir, si se atiende extrictamente á lo que previene el apartado primero del art. 1110 que comentamos, lo cual viene en apoyo del deudor de mala fé que tratará de esta manera de esquivar el pago de los intereses al conseguir simplemente el recibo de un capital; y trayendo á este Código casi literalmente el precepto del art. 318 del Código de Comercio, que en su primer párrafo es enteramente igual al párrafo 1.º del que nos ocupa, se coloca en la peor de las condiciones al acreedor de buena fé que no haya sabido aprender el artículo que comentamos.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en la ley 3.ª, tit. 22, lib. 10 del Código Romano; y el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1097 propuso, de conformidad con aquel precedente, un precepto más equitativo que el nuestro, puesto que prevenia que cuando la deuda fuere de pensiones censuales ó de cualquier otra clase de cantidades que debieren satisfacerse en periodos determinados y se acreditare por escrito el pago de las cantidades correspondientes á los tres últimos periodos, se presumian pagadas las anteriores, salvo la prueba en contrario; y el art. 1127 del Proyecto de 1882 proponia preceptos analogos.

Concuerda con los arts. 1908 del Código de Francia, 1834 del de Italia, 1903 del de Bélgica, 103 del de Suiza, 1806 del de Holanda, 843 del de Prusia, 1935 del Sardo, 2896 del de la Luisiana, 1780 del de Nápoles, 1423 del del Uruguay, 2114 del de Veracruz-Llave, y otros varios.

Art. 1111. Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes á su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.

No es necesario pensar mucho sobre el espiritu y letra de este articulo para comprender la verdadera razón de tal precepto, pues si el acreedor después de perseguir y realizar los bienes de que estuviere en posesión su deudor no pudiere ejercitar los derechos y acciones que dicho deudor tuviera contra determinada persona, sucederia con frecuencia que cualquier deudor podria convertir sus propios bienes y capitales en créditos contra otros y hacer de esta manera ilusoria su responsabilidad para con aquél acreedor de buena fé cuyo capital y cuyos desembolsos sirvieron para crear derechos y acciones á favor de su deudor. Hay, sin embargo, que tener en cuenta, no sólo la excepción que sienta el Código en éste articulo al consignar las palabras «exceptuando los que sean inherentes á su persona», sino que también debemos ocuparnos de lo que de seguro dará lugar á dudas, y es: de si el acreedor puede, sin necesidad de cesión expresa por parte de ese deudor de ciertos créditos, derechos y acciones, realizarlos por si independientemente de dicho deudor y directamente contra los deudores de éste hasta hacer efectivo su crédito.

El primer caso, ó sea la cesión de los derechos y acciones inherentes á la persona del deudor, comprende, en nuestro concepto, todo aquello que se relaciona con los derechos puramente personales que la situación social de cada uno le proporciona, y en tal sentido han de entenderse los derechos que los padres tienen sobre los hijos, los derechos y acciones que por su carrera, su profesión, el ejercicio de su cargo y otros varios conceptos cada individuo tiene

Digitized by Google

con su carácter personalísimo; pues evidente es que si un acreedor no tiene carrera alguna, seria un absurdo pretendiese ejercitar los derechos que su deudor tuviere para ejercer una carrera ó una profesión determinada; y llamamos la atención sobre esto para que no vengan á incluirse dentro de esa excepción las acciones personales, pues, como se comprenderá perfectamente por todo el que de buena fé sostenga los principios de derecho, no puede dársele una latitud que realmente no tiene á la excepción de que nos ocupamos.

Respecto del segundo extremo que hemos indicado, no nos cabe duda que en cuanto un deudor dá lugar á que su acreedor le reclame judicialmente la deuda, el acreedor que tiene un título ejecutivo en su poder contra su deudor y al ejecutarle se encuentra con una insolvencia, que por más que quiera muchas veces justificarse es casi siempre fraudulenta, debe realizar, no sólo los ilusorios haberes que el deudor tuviere en su poder, sino que, directamente y con solo el título que dió lugar á la ejecución, debe realizar cuantos derechos su deudor tuviere, exigiéndolos directamente de las personas con éste obligadas, pues debe conceptuársele subrogado en todos sus derechos y acciones en cuanto sea indispensable para hacer efectivo su crédito con los intereses, costas y gastos ocasionados para su cobro; porque de no ser así la mala fé tendria un verdadero albergue en la ley, y el acreedor se veria expuesto á perseguir sin fruto sus justos derechos y ver defraudadas constantemente sus legítimas aspiraciones, sin que sirva en determinadas ocasiones de nada la facultad que este mismo artículo en su última parte otorga al acreedor de impugnar los actos que el deudor hubiera realizado en fraude de su derecho, pues tales hechos se amañan en forma tal que no siempre dejan huella de su ejecución y además no corresponden la largueza de los gastos y la dilación de un procedimiento de cierto género á las insignificantes penas señaladas para fraudes de tal especie.

Precedentes encontramos en la ley 7.ª, tit. 5.º, Par. 5.ª, habiéndose propuesto un precepto análogo en el art. 1128 del Proyecto de Código de 1882.

En relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1034 y 1083 de este mismo Código, y concuerda con los arts. 1166 y 1167 del Código de Francia, cuya doctrina sostiene el Tribunal de Casación de aquél país, en varias sentencias, habiendo entre otras la de 23 Enero de 1849 y 2 Julio de 1851, en que se declara que los acreedores podrán ejercer los derechos de su deudor sin necesidad del consentimiento de éste ni autorización ó subrogación judicial; concuerda asimismo con los arts. 1234 y 1235 del Código de Italia; 1166 y 1167 del Código de Belgica, 1430 del de Guatemala, 1256 y 1257 del del Uruguay, 1196 del Código de la República Argentina, y otros; observándose que lo mismo el Código de Francia que el de Bélgica y el de Italia, y en parte hasta el de la República Argentina, son en su esencia tan semejantes al que de nuestro Código comentamos que casi pudieran aplicarse las disposiciones dictadas con-

Digitized by Google

firmando su doctrina por el Tribunal de Casación de Francia á los casos que se presentaren en estos otros paises cuya identidad de preceptos sobre el particular está marcada; y en el art. 37 de la Ley hipotecaria se encuentra alguna relación con el artículo que nos ocupa.

Art. 1112. Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción á las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario.

No cabe duda: si los derechos adquiridos en virtud de una obligación no fuesen transmisibles, no podria tener lugar lo que se prescribe en el artículo que anteriormente hemos comentado. Todos los derechos en general adquiridos, para que sus resultados sean efectivos han de poder transmitirse por cualquiera de los medios que para adquirir la propiedad se establecen en este Código, ya sea por contrato, ya sea por sucesión testada ó intestada, á pesar de que algunos publicistas niegan la transmisión bajo este último concepto para evitar la ingerencia de personas extrañas en asuntos de familia; pero esto es contrario á la libertad de la propiedad de todo género.

Se ven precedentes en algunas leyes del Digesto, entre otras, las 7.ª, párrafo 8.º, tit. 14, lib. 2.º; y 9.ª, tit. 3.º, lib. 22; 11.ª, tit. 14, Partida 3.ª; y 3.ª, tit. 11, lib. 1.º del Fuero Real, viéndose preceptos casi idénticos en el art. 1028 del Proyecto de Código de 1851, y en el art. 1129 del de 1882, si bien ninguno de estos consignaron la excepción de lo que en contrario se hubiera pactado.

Concuerda hasta cierto punto con los arts. 1122 y 1165 del Código de Francia, 1127 del de Italia, 1122 y 1165 del de Bélgica, 1429 del de Guatemala, 703 del de Portugal, 1253 del del Uruguay, 503 del de la República Argentina, 1376 del de Holanda, 1192 del Sardo, 1118 del de Nápoles; viéndose verdadera concordancia en los arts. 1536 del de México, 1420 del de la Baja California, 1411 del de Veracruz-Llave, 1536 del de Campeche, y otros.

CAPITULO III.

De las diversas especies de obligaciones.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LAS OBLIGACIONES PURAS Y DE LAS CONDICIONALES.

Art. 1113. Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro ó incierto, ó de un suceso pasado, que los interesados ignoren.

Digitized by Google

También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

No es el capítulo que tiene menos importancia el de que entramos á ocuparnos, pues, realmente, habiéndose tratado ya de las obligaciones en general y habiendo sentado como hemos sentado, aun combatiendo las teorías de ciertos publicistas, que las obligaciones pueden derivarse de actos puramente unilaterales sin carácter de convención expresa, y de verdaderos contratos en los que se ve la conjunción de dos voluntades creando una relación jurídica que obliga á los contrayentes, no puede menos de significarse aquí que siendo vária y múltiple por demás, lo mismo en la forma que en la esencia, la manifestación de esa voluntad de los contratantes, no pueden menos de ser también diversas las especies de obligaciones que de los contratos nacen, mucho más cuando está en la conciencia de todos que unos y otras pueden sufrir modificaciones múltiples según les sugiera la volición de las partes y según se hagan necesarias para llegar al fin que las mismas se proponen.

Verdad es, que al examinar detenidamente las palabras que encabezan este capítulo, parece deducirse de ellas que en el mismo se van á definir y clasificar todas esas especies, diferenciando perfectamente las obligaciones puras de las condicionales, pero realmente el legislador las da por conocidas, y, más que de otra cosa, se ocupa de sus efectos.

Empezando nosotros por dividir las obligaciones en puras y condicionales, hemos de dejar sentado que las obligaciones puras son como decía la ley 12.ª, tit. 11, Partida 5.ª, aquellas «que algunos prometen á otros de dar ó facer alguna cosa non poniendo condicion nin señalando dia para cumplir aquello que prometan», ó sea aquellas cuyo cumplimiento se puede pedir desde que se contraen, sin sujeción á condiciones de ningún género, ni á plazo determinado; en estas obligaciones puras, cede y viene el dia (como en lo antiguo se expresaba), desde el momento de su constitución.

Por derecho romano se clasificaban las obligaciones en puras y condicionales, que son precisamente las que comprende la sección primera de este capítulo, en obligaciones á plazo, alternativas, mancomunadas y solidarias, divisibles é indivisibles, y con cláusula penal; clasificación aceptada por nuestro Código civil con algunas ligeras variantes que luego veremos á medida que se vayan extendiendo sus diferentes preceptos, clasificación que ha servido de base á muchos de los modernos códigos extranjeros: así se ve en los códigos de Veracruz-Llave, México, Baja California, Campeche, Italia y otros, en el primero de los cuales empieza la sección de las obligaciones puras y condicionales por definir la obligación pura, diciendo que tiene lugar cuando su cumplimiento no depende de condición alguna (art. 1412), y todos parten del supuesto de tales divisiones, aunque el de Italia, el de Francia y el de Bélgica, no siguen la misma marcha que el nuestro.

Digitized by Google

Precedentes vemos, antes ya de la ley de Partida citada, en el párrafo 2.°, tit. 16, del lib. 3.° de las Instituciones de Justiniano, en donde se definia: *cui nec conditio, nec dies vel tacita insit*; y el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1029, siguiendo tales disposiciones se concretó á definir la obligación pura, de la misma manera que hemos expuesto lo hace el Código de Veracruz-Llave; mientras que el Proyecto de 1882, en su art. 1130 propuso en la esencia lo mismo que el art. 1113 que de nuestro Código comentamos, es decir, sentó sus efectos; lo cual está en perfecta relación con el art. 62 de nuestro vigente Código de Comercio, en el que se determina que las obligaciones que no tuvieren término prefijado para su cumplimiento, bien por las partes, bien por disposición legal, serán exigibles á los diez dias después de contraidas, si solo produjeren acción ordinaria, y al dia siguiente si llevaren aparejada ejecución.

De igual modo que nuestro primer Proyecto de Código, definen la obligación pura los arts. 1444 del Código de Campeche, 1328 del de la Baja California, 1444 del de México, 1367 del del Uruguay, y 527 del de la República Argentina; pues, los arts. 1164 del Código de Italia y 1301 del de Holanda, se ocupan de la condición resolutoria, y solo pueden conceptuarse como concordantes con el último apartado del art. 1113 que de nuestro Código comentamos.

De todos modos mirado el precepto del articulo que nos ocupa bajo el aspecto de los efectos de la obligación pura, no puede negarse, ni discutirse siquiera lo que en el mismo se determina, pues nadie duda que es exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro ó incierto, ó de un suceso que ya hubiere acaecido con desconocimiento completo de los interesados.

En cuanto al segundo extremo del art. 1113 que nos ocupa, debemos exponer que también es lógico se exija desde luego el cumplimiento de toda obligación constituida con condición resolutoria, pues esta es aquella que, cuando se cumple, hace cesar la obligación y vuelve las cosas al estado en que se hallaban antes que el contrato existiese. De manera que, no suspende el cumplimiento, sino que obliga al acreedor á restituir lo que haya recibido cuando el suceso previsto en la condición resolutoria tuviere lugar. Con relación á este particular puede estudiarse el art. 109 de la ley Hipotecaria que en relación armónica está con lo que acabamos de exponer. (Véase pág. XLII de nuestro tomo 2.°)

Art. 1114. En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución ó pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.

Digitized by Google

Es también de buen sentido el precepto que acaba de consignarse: con solo desentrañar el sentido gramatical y técnico de la palabra *condición*, bastará para comprender que la verdad que entraña el artículo que comentamos es de esas verdaderamente axiomáticas. Sería hasta ofensivo para nuestros lectores que fuéramos aquí á discurrir inútilmente sobre lo que es condición, cuando esta idea está en la mente de todos, y nadie duda de lo que en sí significa.

Tampoco hemos de detenernos en consignar aquí que las condiciones pueden ser tácitas y expresas en cuanto al modo de accionar, que pueden ser posibles é imposibles en cuanto á su ejecución según que puedan ó no realizarse; que son afirmativas y negativas según consistan en hacer ó no hacer; que son casuales cuando no dependen de la voluntad del hombre; que son potestativas cuando se las hace depender de la voluntad del obligado; que pueden ser mixtas si se las hace en parte depender de un evento fortuito ajeno á la volición humana y en parte de la voluntad de los contrayentes; que son conjuntivas cuando estableciéndose varias han de cumplirse todas, y disyuntivas cuando de las varias condiciones establecidas basta la realización de una de ellas: que son suspensivas cuando demoran el cumplimiento de la obligación; y que son resolutorias cuando, debiendose y cumpliéndose desde el momento de su constitución, al ser cumplidas resuelven y rescinden el contrato de que nacieron; pero, como hemos indicado, nada sobre este particular hemos de exponer por ser ya conocido de todos.

Es una verdad incuestionable que en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos que nacen al constituirse como la resolución ó pérdida de los derechos ya adquiridos dependen del cumplimiento del acto ó del acontecimiento que constituye en sí la obligación, y por esto el efecto de tales obligaciones condicionales está bien determinado en el artículo que comentamos.

Precedentes se encuentran en los párrafos 4.º y 6.º, tit. 16, lib. 3.º de la Instituta; leyes 16.ª, 17.ª, y 18.ª, tit. 6.º, lib. 12; 39.ª, tit. 1.º, lib. 12; y 69.ª, título 5, lib. 48 del Digesto; y leyes 12.ª y 14.ª á la 16.ª, tit. 11, Partida 5.ª, y 2.ª y 8.ª, tit. 4.º, Partida 6.ª: debiendo hacerse presente que la palabra condición no debe tomarse en un sentido tan extenso é impropio como algunos lo toman, dándole este nombre á todas las cargas y cláusulas accesorias que tanto en los contratos como en las últimas voluntades se consignan, pues esto equivale á confundir los modos de llevar á efecto las obligaciones con las condiciones bajo las que las mismas se constituyen.

Tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1030 como el Proyecto de 1882 en su artículo 1131 proponían preceptos análogos; y concuerda con los arts. 1168 del Código de Francia, 1157 del de Italia, 1168 del de Bélgica, 1413 del de Veracruz-Llave, 528 del de la República Argentina, 1289 del de Holanda, 1368 del del Uruguay, 1445 del de Campeche, 1329 del de la Baja California, y 1445 del de Mé-

Digitized by Google

xico, donde se define la obligación condicional de modo casi idéntico, expresando que la obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro ó incierto, y aun pasado, con tal que se ignore, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien resolviéndola, según que el acontecimiento previsto llegue ó no llegue á existir ó conocerse.

Alguna concordancia existe también entre el artículo que comentamos y los arts. 678 del Código de Portugal, 1454 del de Guatemala, 1473 del de Chile, 2016 del de la Luisiana, 867 del de Vaud, 897 del de Austria, 100 del de Prusia, 1165 del de Bolivia, 1121 del de Nápoles, y 1260 del Sardo. Además las Sentencias de 23 de Febrero de 1871 y 29 de Mayo de 1872, sostienen idénticas ideas.

Art. 1115. Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte ó de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo á las disposiciones de este Código.

A poco que nos fijemos en el espíritu del precepto que acaba de consignarse, hemos de comprender que el cumplimiento de la condición para que sea tal, no debe depender de la exclusiva voluntad del deudor, pues quedando al arbitrio de éste el cumplir ó no cumplir lo pactado, dicho se está que realmente no hay vínculo jurídico, que es precisamente lo que constituye la verdadera obligación: por esto, como toda obligación crea y establece una relación jurídica entre la persona ó personas obligadas y aquélla en cuyo favor nace la acción de obligar, no puede ménos de ser nula, como dice perfectamente el artículo que comentamos, la obligación condicional cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del deudor. Pero si el cumplimiento depende de la voluntad de un tercero, la condición sería válida y produciría todos sus naturales efectos, por cuanto no queda eregido en arbitrio el deudor de hacer ilusorio ó no el vínculo que nace al constituirse dicha obligación.

Precedentes encontramos en la Ley 4.ª, tit. 5.º, lib. 28 del Digesto; ley 12, tit. 11, Part. 5.ª, y leyes 1.ª, 2.ª y 9.ª, tit. 4.º, Part. 6.ª.

El Proyecto de Código de 1851, en el párrafo 2.º de su art. 1032; y el Proyecto de 1882, en su art. 1132, proponían preceptos análogos, si bien en el primer Proyecto se limitaba á definir la condición potestativa ó voluntaria, haciéndola depender puramente de la voluntad de una de las partes, y la mixta considerándola como aquella que conjuntamente depende de un acontecimiento ajeno á la voluntad de las partes, y de la voluntad de una de ellas; mas nosotros debemos insistir en que para que exista vínculo jurídico que ligue á una de las partes cuando ménos, y por consiguiente, para que subsista una obligación, aun que en la misma se establezcan condiciones que sean potestativas de alguna de

Digitized by Google

las partes, esa potestad no ha de confiarse al obligado, porque, si depende la condición ó su cumplimiento de la voluntad del deudor, como no hay quien pueda obligarle á realizarla, realmente no existiría ni condición ni obligación constituida; y esto está en perfecta relación con lo que previene el art. 1256 de este mismo Código, en el cual se preceptua que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Concuerda el artículo que comentamos, en su primer párrafo con el art. 1174 del Código francés, en el cual se prescribe que será nula toda obligación cuando se contraiga bajo una condición potestativa de parte del que se obligare; porque, como hemos dicho antes, no hay condición potestativa cuando ésta depende de la voluntad del que se obliga, sino de la voluntad de aquel á cuyo favor se contrae la obligación condicional; cuya doctrina vino á sentarse en diferentes sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre ellas la de 2 Julio de 1839, y 30 Junio de 1857; y el segundo párrafo del mismo Código que comentamos, concuerda con el art. 1170 del referido Código de Francia.

También concuerda nuestro artículo con los arts. 1162 del Código de Italia, 1174 y 1170 del de Bélgica, 1374 del del Uruguay, 1292 del de Holanda; número 3.° del art. 1451 del de Guatemala; 542 del de la República Argentina, 868 del de Vaud, 2017 y 2018 del de la Luisiana, 1123 del de Nápoles, 1261 del Sardo; teniendo alguna relación los arts. 1450 y 1452 del Código de Mexico, 1414 en relación con el 1353 del de Veracruz-Llave, 1534 del de Colombia, 1477 del de Chile, 1334 y 1336 del de la Baja California, 1450 y 1452 del de Campeche, y 679 del de Portugal.

La doctrina sentada en el artículo que de nuestro Código comentamos, no sólo es conocida por los precedentes antes indicados, sino porque el Tribunal Supremo en varias Sentencias, entre ellas la de 4 Mayo de 1868, la venía ya sustentando.

Art. 1116. Las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

Tampoco hay que discurrir gran cosa para sostener la procedencia del aserto consignado en el anterior precepto, porque lo materialmente imposible, es metafísicamente imposible, y lo imposible bajo cualquier concepto no puede realizarse, siendo por consiguiente irrisoria su condición; y como en el orden natural, como en el orden lógico, como el orden legal, como en el orden histórico, lo imposible no se realizó jamás ni se realizará, de aquí el que las condicio-

Digitized by Google

nes para su cumplimiento deben ser necesariamente posibles, y por consiguiente, es perfectamente lógico el precepto que previene que las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres, y las prohibidas por la ley, anulan la obligación de que dependen.

Las leyes 17.ª y 21.ª, tit. 11, Part. 5.ª, contienen precedentes de la disposición que nos ocupa, como se ven también en varias leyes del Digesto, entre otras la 31.ª, tit. 7.º, lib. 44; las 7.ª y 8.ª tit. 1.º, lib. 45 del mismo Digesto, y algunas de la Instituta, entre ellas la del párrafo 11, tit. 20, lib. 3.º

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1033, como el Proyecto de 1882 en su art. 1133, proponian preceptos análogos, y concordancias vemos en los artículos 1172 y 1173 del Código de Francia, 1160 y 1161 del Código de Italia, 530 y 532 del de la República Argentina, 1172 y 1173 del Código de Bélgica, 1290 y 1291 del Código de Holanda, 1125 y 1126 del Código de Nápoles, 683 del de Portugal, 1263 y 1264 del Sardo, 177 del de Suiza, 1415 del de Veracruz-Llave, 1533 y 1537 del de Colombia, 868 y 869 del de Vaud, 1476 y 1480 del de Chile, 2026 y 2027 del de la Luisiana, 1451 en su párrafo 2.º y 1452 del de Guatemala, 1369 y 1371 del del Uruguay, 1470 del de México, 1354 del de la Baja California, y 1470 del de Campeche; habiendo sentado el Tribunal Supremo idéntica jurisprudencia en repetidas de sus sentencias y teniendo perfecta relación con el art. 1184 de este mismo Código.

Art. 1117. La condición de que ocurra algun suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que pasare el tiempo ó fuere ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar.

Es de todo punto razonable y lógico que si una obligación depende de la condición de que ocurra en un dia fijo un acontecimiento, en cuanto pase el dia señalado sin haber tenido lugar el suceso, quede extinguida la obligación, pues en esa mistificación que tal condición envuelve de casual y á cierto dia, evidente es que predomina el término fijado, y si dentro del mismo no ha tenido lugar el evento casual del que dependia la obligación, es natural que ésta quede estinguida, pues aunque tal hecho tuviere lugar despues del dia señalado, en nada podia ya influir para que persistiese el vínculo creado por aquella relación jurídica cuya esfera estaba limitada en los mas ó menos estrechos moldes de un plazo.

Se notan en este precepto ciertas reminiscencias de lo que preceptuaban las leyes 27.ª párrafo 1.º, y 99.ª párrafo 1.º, tit. 1.º del lib. 45 del Digesto; se ven propuestas en el art. 1034 del Proyecto de 1851 análogas prescripciones, como en el art. 1134 del Proyecto de 1882; y concuerda con los arts. 1176 del Código de

Digitized by Google

Bélgica, 1167 del de Italia, 1176 del de Francia, 1294 del de Holanda, 2033 del de la Luisiana, 1267 del Sardo, 1639 del de Colombia, 1579 del del Uruguay, 1129 del de Nápoles, 1453 del de Guatemala, 872 del de Vaud, 1482 del de Chile, 539 del de la República Argentina, 1451 del de México, 1416 del de Veracruz-Llave, 1335 del de la Baja California, 1451 del de Campeche y otros.

Art. 1118. La condición de que no acontezca algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo señalado ó sea ya evidente que el acontecimiento no pueda ocurrir.

Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida en el en que verosimilmente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación.

La primera parte de este artículo es la antítesis del artículo anterior: allí la condición mixta dependía del acaecimiento de un suceso en tiempo determinado: aquí precisamente depende de la negativa de ese acaecimiento: allí se consumaba por decirlo así la obligación si para tal día sucedía un hecho determinado, y, por lo tanto, transcurrido ese plazo sin que tal hecho tuviera lugar, la obligación quedaba extinguida: aquí por el contrario la condición consiste en que hasta cierto tiempo no tenga lugar un acontecimiento; y por consiguiente, si pasa ese término estipulado sin haber ocurrido el hecho á que las partes se refirieron al constituir la obligación pendiente, si así se nos permite llamarle, esta obligación se hace eficaz, desde que transcurrió todo el plazo señalado, ó aparece como fuera de toda duda que el acontecimiento no puede efectuarse. Así es, que si uno promete á otro diez mil duros si transcurridos diez años su hijo Juan no se ha casado, esta obligación adquiere fuerza de obligar desde que transcurrieron los diez años del plazo sin realizarse el casamiento antes indicado, ó si muriese antes el hijo á que se refería la estipulación, por ser evidente que desde el momento en que aquél falleciese, era ya imposible que ocurriese el hecho cuya negativa fué objeto de la condición de que se hacía depender la obligación.

Mas señala, el art. 1118 que comentamos, un segundo y último apartado, en que parece referirse á un acontecimiento que, sin señalarle plazo fijo, se dedujese su fijación de la naturaleza de la obligación; como sucedería si uno prometiese á otro darle mil duros si su hija Luisa no tuviese hijos, pues en tal caso, sin esperar á su muerte, desde el momento que dicha Luisa llegase á la edad de la menopausia sin tenerlos, evidente sería que lo verosímil, según las leyes de la naturaleza, fuese no tenerlos ya, y por ello la obligación se hacía eficaz; como cuando se estipulase dar á uno dos mil pesetas si su hijo

Digitized by Google

no fuera soldado, pues en pasando la época en que estuviese sujeto aquél al reclutamiento, se haria eficaz la obligación.

Los Proyectos de Código de 1851 y de 1882 en sus respectivos arts. 1035 y 1135 propusieron preceptos análogos, sobre todo el primero que es casi igual; y precedentes encontramos en las leyes 27.ª, párrafo 1.º; 99.ª, párrafo 1.º; 115.ª, párrafo 1.º; 8.ª, 9.ª y 10.ª, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto; leyes 15.ª y 17.ª, tit. 11, Partida 5.ª; habiendo sido objeto de grandes discusiones especialmente las leyes 8.ª y 10.ª, del tit. 1.º, lib. 45, del Digesto ya citadas con motivo de su interpretación.

Concuerda con los arts. 1177 del Código de Bélgica, 1168 del de Italia, 1177 del de Francia, 1482 del de Chile, 1417 del de Veracruz-Llave, 1380 del del Uruguay, 1454 del de Guatemala, 1295 del de Holanda, casi idéntico en esto al nuestro; 873 del de Vaud, 2034 del de la Luisiana, 1268 del Sardo, 1130 del de Nápoles, 540 y 541 del de la República Argentina, 1451 del de Campeche, 1335 del de la Baja California, 1451 del de México, y otros.

Art. 1119. Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

También este precepto lo encuentran algunos sencillo, y lo es según el prisma bajo el que se mire pero nosotros hemos de confesar que, atendiendo á su letra no lo encontramos justo ni equitativo, y es más, vemos en él una palmaria contradicción con lo que previene el art. 1115 de este mismo Código; pues si son nulas las condiciones que dependen de la exclusiva voluntad del deudor, no es lógico que, según el art. 1119, se tenga por cumplida la condición cuando el mismo obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento, pues esto equivale á hacer depender de la voluntad del deudor el cumplimiento de la obligación. Pero leyendo el Digesto en su ley 87.ª, párrafo 7.º, tit. 1.º, lib. 45, y muy principalmente las leyes 55.ª, 151.ª y 155.ª de *regulis juris*, que aparecen como unos de sus precedentes, se deduce que hay error de concepto y que la persona obligada ha de tomarse realmente por la que tiene derecho á obligar «*nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur, factum cuique suum, non adversario nocere debet.* Asi es, que si Juan prometió al carpintero Pedro darle cien duros, si á los quince dias le hace unas puertas, y el Juan le distrae ó le entorpece por cualquier concepto su construcción á Pedro, tendrá que darse por cumplida la condición; pero si el carpintero Pedro le hurta alguna cosa y al ser denunciado á la autoridad por el mismo Juan, es aquél encarcelado, como el motivo que le coloca en aquellas circunstancias es hijo de la voluntad del Pedro, que con su mal proceder se hizo acreedor á la prisión, no podrá tenerse por cumplida la condición. Esto es lo lógico y esto es lo que nosotros entendemos. Y esto es lo que se deduce de los estudios de Ro-

Digitized by Google

grón y de las glosas hechas por Gregorio López á las leyes 14.ª, tit. 4.º, y 22.ª, tit. 9.º, Partida 6.ª, en cuyas disposiciones vemos también su verdadero precedente, como en las leyes 20.ª *in fin*, y 38.ª, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto; 39.ª y 161.ª de *regulis juris*.

Preceptos análogos propusieron los Proyectos de Código de 1851 y 1882 respectivamente, en sus arts. 1036 y 1136.

Concuerda con los arts. 1178 del Código de Bélgica, 1169 del de Italia, 679 del de Portugal, 1178 del de Francia, 1296 del de Holanda, 1418 del de Veracruz-Llave, 1381 del del Uruguay, 102 del de Prusia, 1269 del Sardo, 1131 del de Nápoles, 874 del de Vaud, 2035 del de la Luisiana, 1481 del de Chile, 538 del de la República Argentina, 1538 del de Colombia, 1452 del de Campeche, 1136 del de la Baja California, y 1452 del de México, encontrando el más lógico de todos los citados, el precepto del Código de Portugal que dice: «*Se considerará nula la obligación que no se realizase por hecho de aquel que se obligó condicionalmente, salvo si éste obtase dentro de los límites de su derecho.*»

Art. 1120. Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones á los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos é intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos é intereses percibidos, á menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fué otra la voluntad del que la constituyó.

En las obligaciones de hacer y de no hacer los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida.

Abarca este artículo diferentes preceptos que encontramos justos, y que han de evitar muchos litigios. Es el primero, la retroacción de los efectos de la obligación condicional al tiempo de su constitución cuando la condición se cumplió; y no puede menos de ser así, porque las condiciones en su mayor parte son suspensivas, dejan la obligación condicional en toda su fuerza y eficacia, sin acción inmediata de obligar, hasta que se cumplen, pero una vez cumplidas, es tan natural que se conceptúe perfeccionada y completa la relación jurídica creada, como que el vínculo ó ligamento obligue, y obligue retrotrayéndose en sus efectos á la época de su constitución.

El dominio del primer dueño era resoluble para el caso del cumplimiento de la condición; y bajo tal concepto, si pasó á otro la cosa objeto de la conven-

Digitized by Google

ción condicional, solo pudo tener lugar ese traspaso bajo el principio de derecho, de que nadie puede dar á otro más derechos que los que él mismo tiene, en atención á lo cual, la retroacción es justa

La obligación condicional, cualquiera que sea su naturaleza, existe ó no desde que se constituye, según la condición prevista. El derecho correlativo no tiene ni tendrá jamás lugar si la condición no se cumple; pero tiene existencia actual si la condición se cumple; por ello, el cumplimiento de la condición tiene necesariamente su efecto retroactivo al momento en que la obligación se constituye, y esta retroacción hace que la obligación se conceptúe desde el cumplimiento de la condición, como si hubiese sido pura, simple ó incondicional, y por consiguiente, implica fuerza de obligar, haciendo que todos los derechos reales que el deudor habria podido conferir *pendente conditione* sobre el inmueble que debia entregar, queden sin efecto; ó mejor dicho, cesa en sus efectos, cumplida que sea la condición, cualquier transferencia que el deudor hubiera podido efectuar mientras pendia el cumplimiento de la obligación. Otros, en cambio, sostienen que en las obligaciones de dar, y no en las de hacer, es donde realmente debe admitirse el efecto retroactivo, retrotrayendo entonces al dia en que ha sido contraida la obligación, porque la cosa objeto de la obligación de dar es necesariamente el objeto de los derechos reciprocos en el tiempo intermedio á la obligación, y al cumplimiento de la condición, y por consiguiente, el cumplimiento de la condición hace remontar, ó cesar los efectos de la obligación al dia en que ésta se constituyó. Pero en los obligaciones de hacer no puede suceder lo mismo, ni debe darse aquel efecto retroactivo, porque si se trata, como generalmente ha de tratarse de una condición suspensiva, es evidente que el vinculo juridico no adquiera fuerza ni eficacia contra el obligado á hacer, sino cuando la condicion se cumpla, y por ello no puede hacer la cosa á que se obligó, sino después del cumplimiento de la condición, sin que los hechos puedan, por otra parte, realizarse más que cuando realmente se verifican y cuando están en condiciones de efectuarse.

El segundo extremo del artículo que comentamos se refiere á las obligaciones reciprocas, en las que no cabe duda que la equidad y la justicia aconsejan una racional compensación de los frutos é intereses, que la cosa que hubiera de darse, hubiese producido mientras estuviese pendiente la condición.

Mas si la obligación fuese unilateral, el deudor debe hacer suyos los frutos é intereses percibidos durante el tiempo que en su poder estuvo la cosa por no haberse cumplido la condición de que dependia su entrega, á no ser que de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la voluntad del que la constituyó fué distinta.

En cuanto á las obligaciones de hacer ó no hacer, de que ya nos hemos

Digitized by Google

adelantado á tratar, el último apartado del artículo que comentamos determina que los Tribunales tienen facultad discrecional para resolver, según los casos, el efecto retroactivo de la condición cumplida: lo cual indica bien á las claras que supone también la procedencia de la retroacción en las obligaciones condicionales de hacer y de no hacer alguna cosa; retroacción que no podrá tener lugar las más veces, porque, como hemos dicho ya, el obligado á hacer no lo está hasta que la condición se cumpla, y lo que ha de hacerse no se hará nunca más que cuando se haga, sin que quepa en lo posible que se haga al constituir la obligación condicional.

Precedentes encontramos en las leyes 11.ª, párrafo 1.º, tit. 4.º, lib. 20, y 105.ª, tit. 1.º, lib 35 del Digesto; párrafo 24, tit. 20, y párrafo 4.º, tit. 16 del libro 3.º de las Instituciones; ley 1.ª, tit. 4.º, Partida 4.ª y 14.ª, tit. 11, Partida 5.ª, y los Proyectos de Código civil proponian preceptos análogos en sus respectivos arts. 1037 y 1137.

Concordancias vemos en los arts. 1179 del Código de Bélgica, 1297 del de Holanda, 1170 del de Italia, 1132 del de Nápoles, 875 del de Vaud, 2036 del de la Luisiana, 1270 del Sardo, 1382 del del Uruguay, 1451 del de México, 543 del de la República Argentina, 1451 del de Campeche, 1335 del de la Baja California, 1454 y 1455 del de Guatemala, 1419 del de Veracruz-Llave, y 1485 al 1487 del Código de Chile.

Art. 1121. El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho.

El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado.

El precepto de este artículo es de buen sentido, pues en él se previene que el acreedor cuyo derecho está pendiente de una condición suspensiva, puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho, pues de otro modo se expondría á que, cuando la condición se cumpliese, hubiese llegado á hacerse ilusorio el derecho nacido de la obligación constituida, por no encontrar en poder del obligado bienes en que ejercitarlo; y como hemos dicho repetidas veces que son recíprocos y correlativos derechos y obligaciones, de aquí el que, siguiendo este principio de derecho, venga á prescribir nuestro Código en el último apartado del artículo que comentamos, esa facultad que al deudor le concede para repetir ó reclamar de su acreedor lo que durante el tiempo de la suspensión debida á la condición impuesta hubiere gastado para el sostenimiento de la cosa que por virtud de haberse constituido la obligación condicional deba entregarse al que la constituyó con todas sus consecuencias; pues si es natural y lógico que en toda obligación condicional

Digitized by Google

el acreedor puede accionar para conservar la cosa objeto de la obligación y no hacer ilusorio su derecho, no es menos lógico que al deudor se le den medios para resarcirse de lo que en ese intervalo de tiempo condicional hubiese pagado por razón de la cosa objeto de la obligación ó bajo cualquier otro concepto que en relación esté con el vínculo jurídico por la misma creado, pues no de otra manera puede entenderse la reciprocidad de derechos y obligaciones.

Precedentes encontramos en las leyes 42.ª, tit. 7.º, lib. 44; 56.ª, tit. 16. libro 50; y 4.ª, tit. 6.º, lib. 42 del Digesto, así como en la ley 14.ª, tit. 11, Part. 5.ª, en lo relativo al primer párrafo del artículo que comentamos; y en las leyes 213, tit. 16, lib. 50; 16.ª, tit. 6, lib. 12 del Digesto; párrafo 4.º, tit. 16, lib. 3, de la Instituta y ley 32, tit. 14, Part. 5.ª, con relación al segundo párrafo del mismo artículo; y los Proyectos de Código de 1851 y 1882 proponían preceptos análogos en sus respectivos arts. 1039 y 1138.

Concuerda con los arts. 1180 del Código de Bélgica, 1171 del de Italia, 1180 del de Francia, 1485 del de Chile, 1421 del de Veracruz-Llave, 876 y 877 del de Vaud, 682 del de Portugal, 1298 del de Holanda, 1384 del del Uruguay, 2057 del de la Luisiana, 1133 del de Nápoles, 1261 del Sardo, 546 y 547 del de la República Argentina, 172 del de Suiza, 1454 y 1455 del de México, 1138 y 1139 del de la Baja California, 1459 del de Guatemala, 1454 y 1455 del de Campeche; y en perfecta relación está con los arts. 142 y 143 de la Ley hipotecaria que con sus concordantes de Cuba, Puerto Rico y Filipinas consignadas quedan en el tomo segundo.

Art. 1122. Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore ó se pierda ó deteriore pendiente la condición:

1.ª Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación.

2.ª Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece de modo que se ignora su existencia, ó no se puede recobrar.

3.ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.

4.ª Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos.

Digitized by Google

5.ª Si la cosa se mejora por su naturaleza, ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.

6.ª Si se mejora á expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

Contiene este artículo varios preceptos relativos todos á la responsabilidad de las pérdidas ó deterioros que la cosa objeto de una obligación condicional sufriere durante el tiempo de la suspensión á que puedan referirse las condiciones impuestas; y sin que debamos aquí repetir cuanto dijimos antes respecto de la culpa *lata*, *leve* y *levísima*, y con relación á las responsabilidades del dómino directo y del dómino útil, cuando la plena propiedad se divide ó no está reconcentrada en una misma persona, como sucede en el usufructo; hemos de seguir si á nuestro Código en las reglas que en este artículo sienta para determinar, si es el deudor ó el acreedor el que ha de responder de esa pérdida ó deterioro de la cosa objeto de la obligación; por más que no debamos detenernos mucho en ello, porque claras son en extremo las prescripciones que nuestro Código sienta para determinar con la mayor concisión posible una verdadera teoría técnica sobre dichas responsabilidades.

Evidente es de toda evidencia, que en las obligaciones condicionales suspensivas nada se debe hasta el cumplimiento de la condición, pero no es ménos cierto que en ese período suspensivo la cosa objeto de la obligación puede mejorar, puede deteriorarse en parte y puede perderse en su totalidad: pues bien, nuestro Código establece con gran equidad y justicia que si la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación se extingue, y nada puede reclamar el acreedor, porque nadie es responsable de los cosos fortuitos, *Stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione, res extincta fuerit*; así lo prescribía el Digesto en su ley 8.ª, tít. 6.º, lib. 18, y de allí lo tomó la ley 26, tít. 5.º, Part. 5.ª; y se comprende bien, la retroactividad se funda precisamente en la ficción de derecho de que el contrato fué puro, y esa ficción no puede tener lugar cuando ya no hay objeto sobre que recaiga.

La segunda regla que nuestro Código consigna en el artículo que comentamos, es tambien justa en extremo, pues si la cosa se pierde por culpa del deudor, natural es que éste responda de los daños y perjuicios; y así también lo dispone el Digesto en la ley 51, tít. 1.º, del lib. 45, y el párrafo 2.º del tít. 20, lib. 3.º de las Instituciones; mas debe entenderse que la cosa se pierde cuando perece, llevando la significación de la palabra *perderse*, á su acepción más lata, si bien nuestro Código conceptúa también que la cosa perece cuando queda fuera del comercio, ó desaparece de modo que se ignora su existencia; acepciones que más ó menos embozadamente comprendidas iban en la palabra *perire* que consignada vemos en las leyes 9.ª, 13.ª y 14.ª, tít. 15, lib. 50; 51.ª, tít. 1.º, lib. 45; 92.ª, tít. 3.º, lib. 46 del Digesto; y en los párrafos 1.º y 2.º, tít. 20, lib. 3.º de las Instituciones.

Digitized by Google

Llegamos á la regla tercera establecida en el artículo que de nuestro Código nos ocupa, y en ella se ve otro principio fundamental de derecho basado también en la equidad y en la justicia; pues si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, no puede reclamar su menoscabo el acreedor, de cuya cuenta debe correr dicho menoscabo; y lo mismo exponia la ley 8.ª, tit. 6.°, lib. 18 del Digesto.

Mas viene la regla cuarta del expresado artículo, y según ella, cuando la cosa se deteriora por culpa del deudor, no se limita ya á que éste abone la indemnización de perjuicios que siempre debe abonar á su acreedor, sino que faculta á aquel en cuyo favor se constituyó la obligación para optar entre la resolución y rescisión de la misma, y su cumplimiento, lo cual implica un justo castigo al deudor, que no cuida como un buen padre de familia debe cuidar la cosa objeto de la obligación.

Establécese en la regla quinta lo que ha de hacerse cuando la cosa mejora por su naturaleza ó por el tiempo, determinando que las mejoras ceden á favor del acreedor; y es natural que asi suceda, porque, aun sin atender á ciertos principios que ya establecia el Derecho Romano, y aun sin recordar las célebres teorias del admirable escritor francés Pothier, conocidas de todos, sabido es que el acreedor, á quien cumplida la condición se ha de considerar como dueño de la cosa objeto de la misma, ha de estar á lo bueno y á lo malo en lo que la naturaleza imponga; pues es evidente que de la misma manera que lo que por aluvión mejore la cosa, es de la persona á quien se debe, lo que por fuerza del rio pierde de esa misma cosa debida, perjudica solo á la persona á cuyo favor se constituye la obligación.

Y viene, por último, la sexta regla del artículo que comentamos, en la que se preceptúa, que, si la cosa objeto de la obligación mejora á expensas del deudor, no tiene éste otro derecho que el concedido al usufructuario, en lo cual habria de atenerse á lo que ya indicamos al tratar del usufructo, y principalmente á la teoría allí indicada de los gastos necesarios, los útiles y los de adorno, y á la de las impensas también allí tratada, que no es del caso repitamos hoy, si bien deberemos expresar que relación íntima tienen con el artículo que nos ocupa los arts. 487 al 512 de este mismo Código; todos cuyos principios están basados en que la condición suspensiva, cuando se cumple, produce la retroacción de los efectos de la obligación al dia en que se constituyó, y por lo mismo debe conceptuarse retrotraida dicha convención al cumplimiento de aquella de que dependa, como si se hubiera constituido puramente ó como si en el acto de establecerla se hubiera entregado la cosa al acreedor; pues realmente, la condición suspensiva no hace más que aplazar la obligación.

Además de los precedentes antes indicados, deben tenerse también como tales las leyes 26, tít. 5.°, Part. 5.ª; 22, tit. 11, Part. 5.ª, y 29, tit. 34, Part. 7.ª,

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882, proponian preceptos análogos en sus

Digitized by Google

arts. 1040 y 1139 respectivamente, y concuerda con los arts. 1182 del Código de Bélgica, 1163 del de Italia, 1182 del de Francia, 1543 del de Colombia, 1486 del de Chile, 1386 del del Uruguay, 1300 del de Holanda, 2039 del de la Luisiana, 1455 del de Guatemala, 878 del de Vaud, 1135 del de Nápoles, 1273 del Sardo, 1456 al 1461 del de Campeche, 578 al 590 del de la República Argentina, 1340 al 1345 del de la Baja California, 1456 al 1461 del de México, 1422 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1123. Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubieren percibido.

En el caso de pérdida, deterioro ó mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente.

En cuanto á las obligaciones de hacer y no hacer, se observará, respecto á los efectos de la resolución, lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1120.

Digimos ya las diferencias mas principales que entre las obligaciones condicionales suspensivas y resolutorias encontramos; digimos que las verdaderas condiciones resolutorias son exigibles desde luego, sin perjuicio de los efectos de la resolución; significamos que mientras la condición suspensiva aplaza la obligación, la resolutoria la impone desde luego; que del cumplimiento de la condición suspensiva nace la acción de obligar, mientras que la obligación se resuelve al sobrevenir la condición resolutoria; por lo tanto, expuestos tales principios generales, facil ha de ser explicar el porqué del precepto del primer apartado de este artículo, pues indiscutible es que si las resolutorias rompen el contrato ó la obligación que como pura y simple se conceptua de momento, como consecuencia inmediata los interesados deberán restituirse lo que hubiesen percibido; y cuando la cosa objeto de la obligación se pierde, deteriora ó mejora, si la pérdida ó deterioro tiene lugar por culpa del deudor, obligado queda éste al abono de daños y perjuicios ó al del menoscabo, según los casos; y si mejora á expensas de ese mismo deudor, este solo tiene los derechos concedidos al usufructuario.

En cuanto á las obligaciones de hacer y no hacer, la decisión sobre los efectos de la resolución se deja á la discreción de los Tribunales.

Precedentes encontramos en los tits. 2.° y 3.°, lib. 18 del Digesto, principalmente en ley 4, tit. 3.°, acerca de los casos mas frecuentes de condición resolutoria, que se imponía en los pactos de *additione in diem* y *de lege commissoria* que se consignaban algunas veces en los contratos de compra-venta, de cuyas disposiciones la tomaron las leyes 38 y 40, tit. 5.°, Part. 5.ª; y tanto

Digitized by Google

el proyecto de 1851 en su art. 1041, como el Proyecto de 1882 en su art. 1140 propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1183 del Código de Bélgica, 555 y 556 del de la República Argentina, 1456 del de Guatemala, 1389 del del Uruguay; 2040 del de la Luisiana, 1301 del de Holanda, 1164 del de Italia, 879 del de Vaud, 1487 del de Chile, 1178 del de Bolivia, 680 del de Portugal, 1544 del de Colombia, 114 del de Prusia en la primera parte del tit. 4.º; 1136 del de Nápoles, 1274 del Sardo, 1423 y 1424 del de Veracruz-Llave, 1462 al 1464 del de México, 1346 al 1348 del de la Baja California, 1462 al 1464 del de Campeche, y otros; observándose que tanto en el de Mexico como en el de la Baja California y Campeche, siéntase el principio de que cuando la obligación se hubiera contraido bajo condición resolutoria, cumplida que sea ésta, debe restituirse lo que se hubiera percibido en virtud del contrato, que la restitución se hará además con los frutos é intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación, y que en el caso de pérdida, deterioro ó mejora de la cosa restituible, se aplicarán al que deba hacer la restitución, las disposiciones que respecto del deudor se consignan para las condiciones suspensivas; con lo cual en la esencia están conformes las disposiciones del Código de Veracruz-Llave, las del del Uruguay y Guatemala, mientras que los Códigos de Francia y Bélgica se circunscriben á determinar que la condición resolutoria es aquella que, una vez verificada, produce la revocación de la obligación y vuelve á poner las cosas en el mismo estado que tendrian si no hubiese existido aquella, no suspendiendo el cumplimiento de la obligación, pero si obligando al acreedor á restituir lo que recibió, en caso de que el acontecimiento previsto en la obligación llegue á verificarse. Es en la esencia igual el de Holanda, pero el de la República Argentina después de sentar que, cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido en virtud de la obligación, establece que si la cosa objeto de la obligación ha perecido, las partes nada podrán demandarse; y el de Italia nos dice que la condición resolutoria no suspenderá la ejecución de la obligación, y el acreedor solamente quedará obligado á restituir lo que hubiere recibido cuando tenga lugar el suceso previsto en la condición.

Pero hay quien confunde la condición resolutoria con el pacto comisorio; y realmente no puede ni debe confundirse, por cuanto en la condición resolutoria, una vez cumplida ésta, la obligación queda estinguida para las partes como si no se hubiera constituido; mientras que en el pacto comisorio, a pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve hasta que lo quiera asi la parte que impuso esa condición, aun en contra de lo que la otra parte pretendiere.

Art. 1124. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

Digitized by Google

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, á no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo á los arts. 1295 y 1298 y á las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

Conformes están casi todos los códigos en que se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso en que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe; así se dice en el Código de Francia, como en los de Bélgica, Holanda, Italia, Uruguay, Guatemala, etc., que la condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos ó bilaterales para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación; y ya en los arts. 1042 y 1043 del Proyecto de 1851 se propusieron análogos preceptos. Esto es natural: resueltas deben entenderse las obligaciones bilaterales recíprocas por incumplimiento de lo pactado, quien quiera que sea el obligado que falte á lo convenido, porque de lo contrario, la relación jurídica nacida de cualquier convención prolongaría de manera indefinida é insostenible el *vinculum juris*, cuya existencia debe estar en relación con el cumplimiento de lo paccionado, y cuya vida no puede prolongarse más allá del incumplimiento. Pero esta resolución, esta rescisión, no debe ni puede perjudicar á terceras personas que hubieren adquirido las cosas objeto de tales obligaciones, con arreglo á lo prevenido en los arts. 1295 y 1298 de este mismo Código y á los artículos 16 y 36 de la ley hipotecaria en relación con los arts. 25, 27 y 28 de dicha ley hipotecaria, según explicaremos luego.

Razonable, lógico y justo es que el perjudicado en esta clase de obligaciones, tenga facultad para escoger entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación, porque si una de las partes ligadas por una obligación con otra no cumple, no ha de dejarse al arbitrio del incumplimentado la fuerza del contrato, sino que es más lógico que la parte a quien se ha faltado en el cumplimiento sea la que decida y escogite entre el cumplimiento ó la rescisión, según le conviniere, pudiendo exigir, en uno y otro caso, al que no cumplió su obligación, el resarcimiento de daños y abono de intereses. Y si, intentado el cumplimiento, resultare imposible, podrá el perjudicado pedir la rescisión, lo cual demuestra que, como espresa el Código francés, el contrato no queda disuelto *ipso jure*; pero el Tribunal competente á quien se pida tal disolución

Digitized by Google

la decretará sin dilación, á no ser que, causas justificadas le autoricen para señalar un plazo.

Previene el art. 1295 de este mismo Código, que la rescisión obliga á la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, solo podrá llevarse á efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello á que por su parte estuviere obligado; y luego, preceptúa el mismo artículo, que tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe; luego, según estas prescripciones, el precepto del art. 1124 que al presente comentamos, no puede entenderse en absoluto; á pesar de lo cual, cuando se presentaren los obstáculos legales del art. 1295, podrá reclamarse al causante de la lesión la indemnización de perjuicios, como está obligado á indemnización de daños y perjuicios, según el art. 1298, el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, si le fuere imposible devolverlas por cualquier causa. Mas nosotros creemos insignificante la responsabilidad civil para el hombre que de mala fe adquiera una cosa enajenada en fraude de los acreedores, y solo con una dura responsabilidad penal será como llegarán á evitarse las muchas estafas que, bajo falsas enajenaciones se cometen con frecuencia.

Y aun cuando la ley hipotecaria viene á tratar también de las acciones rescisorias, no hay la suficiente cortapisa contra el crimen, si no se considera como verdadero delito, y como tal, no se castiga el hecho de adquirir de mala fe los objetos enajenados en fraude de los acreedores.

El art. 36 de la ley hipotecaria peninsular, como el art. 44 de igual ley de Cuba y Puerto Rico, y el 45 de la de Filipinas, preceptúan que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en dicha ley; y el art. 16 de la misma (ó sea el 24 de Cuba y Puerto Rico, y el 25 de la de Filipinas), preceptúa que el cumplimiento de condiciones suspensivas, resolutorias ó rescisorias de los actos ó contratos inscritos, debe hacerse constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, bien por una nueva inscripción, según los casos que en dicha prescripción se consignan, y que no hemos de repetir aquí, por haberlo dejado expuesto en el tomo 2.° de esta misma obra, en el cual, pueden verse desde el art, 36 hasta el art. 39 de aquella ley, que en relación está con el que comentamos.

Precedentes encontramos en la ley 6.ª tit. 54, lib. 4.° del Código Romano; la ley 6.ª, tit. 1.°, lib. 18 del Digesto; la ley 58.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; ley 5.ª, tit. 6.° y ley 41.ª, tit. 14. Part. 5.ª, etc., etc.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 1042 y 1043 del 1.°, y 1141 del 2.°, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en

Digitized by Google

los arts. 1184 del Código de Bélgica, 1165 del de Italia, 1184 del de Francia, 1457 del de Guatemala, 1302 del de Holanda; 1392 del del Uruguay, 1169 del de Bolivia, 2041 del de la Luisiana, 919 del de Austria, 880 del de Vaud, 1137 del de Nápoles, 1465 al 1467 del de México, 1275 del Sardo, 1465 al 1467 del de Campeche, 1489 del de Chile, 676 del de Portugal, 1425 y 1426 del de Veracruz-Llave, 1546 del de Colombia, 1349 al 1351 del de la Baja California y otros.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LAS OBLIGACIONES Á PLAZO.

Art. 1125. Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue.

Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuando.

Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar ó no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente.

Trátase en esta sección segunda de las obligaciones á plazo; y á la verdad que son tan claros los preceptos que contiene, tan terminantes, y tan equitativos, que se hace difícil su comentario; pues de las obligaciones á plazo no puede decirse más que lo que todos saben, que son aquellas cuyo cumplimiento se ha designado al constituirlas para un dia señalado: ese dia puede ser cierto ó incierto: el cierto es aquel que se sabe ha de llegar necesariamente; ya sea determinado ya indeterminado: y es dia incierto aquel que no se sabe si llegará: asi, tendremos plazo cierto y determinado, en el señalamiento de una fecha; plazo cierto é indeterminado, en el *señalamiento* del dia en que ocurra el fallecimiento de determinada persona; y plazo ó dia incierto, en el señalamiento del dia en que ocurra un acontecimiento eventual; pudiendo conceptuarse este último, más como verdadera condición que como obligación á plazo. Y aquí hay que diferenciar bien lo uno de lo otro, haciendo ver que las obligaciones á plazo son siempre obligaciones, con el convencimiento de que se han de cumplir, ó por lo menos que obligan al cumplimiento; mientras que las obligaciones condicionales suspensivas no se sabe si se perfeccionarán y consumarán: se crean si, se inician, se constituyen, y comienza la relación jurídica con la promesa del vínculo ó ligamiento para el caso en que sobrevenga un suceso, pero esa relación jurídica se sostiene en un aplazamiento

Digitized by Google

constante hasta que, cumplida la condición, el vínculo obliga en una parte, y nace la acción de obligar en la otra, pues realmente su existencia ejecutiva depende de que se realice ó no el acontecimiento de que se trató al constituirla. Por esto se ve que cuando en las obligaciones á plazo no se sabe día cierto ni determinado, porque se le relaciona con un acontecimiento que puede ocurrir, pero que es también factible que no ocurra, como el nacimiento de un hijo, se conceptúa jurídicamente más que como obligación á plazo, como verdadera condición, rigiéndose por las prescripciones que acabamos de exponer para las mismas en la anterior sección.

Precedentes encontramos respecto del primer apartado, en el párrafo 2.°, tit. 16, lib. 1.° de las Instituciones, y en la ley 12 y siguientes del tit. 11, Part. 5.ª; del segundo apartado de este artículo en la ley 45.ª, párrafo 3.°, tit. 1.° lib. 45 del Digesto, y la 12.ª, tit. 11, Part. 5.ª; y del tercero, en las leyes 21.ª y 22.ª, tit. 2.°, lib. 36 del Digesto, y en la ley 31.ª, tit. 9, Part. 6.ª; encontrándose relación entre estas prescripciones y otras varias de la Instituta y del Digesto, acerca de cuyas condiciones se han ocupado extensa y acertadamente los eminentes publicistas Goyena, Mercader y Rogron, siendo notable la manera técnica con que ya se trataron tales teorías ante el Derecho Romano.

Los Proyectos de Código de 1851 y de 1882 en sus respectivos arts. 1045 y 1142 propusieron idénticos preceptos; y concordancias encontramos en los artículos 1185 y 1186 del Código de Bélgica, 1172 y 1174 del de Italia, 1185 y 1186 del de Francia, 1304 y 1305 del de Holanda, 1428 al 1430 del de Veracruz-Llave, 1494 y 1496 del de Chile, 1394 y 1395 del del Uruguay, 1458 del de Guatemala, 882 del de Vaud, 2047 del de la Luisiana, 566 al 569 del de la República Argentina, 1181 del de Bolivia, 678 del de Portugal, 1471 al 1473 del de México, 1355 al 1357 del de la Baja California, 1471 al 1473 del de Campeche y otros.

Art. 1126. Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones á plazo, no se podrá repetir.

Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho á reclamar del acreedor los intereses ó los frutos que éste hubiese percibido de la cosa.

Evidente es que en las obligaciones á plazo, lo que anticipadamente se hubiera pagado no puede repetirse, por cuanto, la obligación de éste género se debe desde luego y por ello, como al fin y al cabo el vínculo existe desde su constitución, lo pagado antes de espirado el plazo, no es más que un anticipo, que no puede repetirse, puesto que si bien no hay derecho á exigir el cumplimiento de las obligaciones anticipadas hasta que el plazo se cumpla, es voluntario en el obligado anticiparlas, pues únicamente adelanta un pago que

Digitized by Google

definitivamente tenia que hacer más ó ménos tarde. Pero si el que pagó ignoraba la existencia de ese plazo, y al pagar lo efectuó bajo el concepto equivoco de que desde luego debia hacer el pago, prescribe nuestro Código que el que anticipó ese pago tiene derecho á reclamar á aquél á cuyo favor se hizo, los intereses ó los frutos que éste hubiera percibido de la cantidad ó cosa entregada con indebida antelación durante el tiempo transcurrido desde el dia de la entrega al cumplimiento del plazo. Y así lo entendian Mercader y otros publicistas, pues la negativa de la repetición, sentada en el primer párrafo del artículo 1126 que comentamos, no puede entenderse en absoluto, sino relativamente á los casos en que voluntariamente y con conocimiento de causa se verificase un anticipo, porque cualquiera es dueño ó árbitro de anticiparse al cumplimiento de sus obligaciones; pero el que lo hace de momento sin conocer el aplazamiento, ó partiendo de un supuesto falso, cual es el que la obligación es pura, no puede entenderse, ni menos presumirse, que quiso cumplir una obligación cuyo dia, si habia venido, no habia cedido, pues aquí es preciso tener presente lo que en Derecho Romano era una verdadera guia para estos casos; en las obligaciones á plazo, el dia cede desde el momento de su constitución, pero no viene hasta el cumplimiento del plazo: lo cual se veia ya en el Digesto y en las Instituciones de Justiniano, exponiendo estas *Statim quidem debitur; sed peti, priusquam dies venerit, non potest;* mientras que en aquel se lee, *Presens obligatio est, in diem autem dilata solutio.*

Precedentes encontramos en el párrafo 2.°, tit. 16, lib. 3.°, de las Instituciones; en las leyes 42.ª y 46.ª, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto; 16.ª y siguientes, tit. 6.°, lib. 12 del mismo Digesto, y en la ley 32, tit. 14, Part. 5.ª; viéndose preceptos análogos en los arts. 1046 del Proyecto de 1851 y 1143 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 571 del Código de la República Argentina, 1181 del de Bolivia, 1186 del de Francia, 1174 del de Italia, 1186 del de Bélgica, 1305 del de Holanda, 2047 del de la Luisiana, 1495 del de Chile, 1459 del de Guatemala, 882 del de Vaud, 1276 del Sardo, 1138 del de Nápoles, 1399 del del Uruguay, 1432 del de Veracruz-Llave, 1475 del de México, 1359 del de la Baja California, 1475 del de Campeche y otros.

Art. 1127. Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, á no ser que del tenor de aquellas ó de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno ó del otro.

La razón, la equidad y la justicia aconsejan que cuantas estipulaciones y cuantas bases se consignen en toda clase de obligaciones se presuman establecidas en beneficio de ambos contrayentes, aunque la verdad es que siempre

Digitized by Google

resulta beneficiado el que ha de pagar y para ello se le concede un plazo. Y asi se entendió al redactar el art. 1047 del Proyecto de Código de 1851, en el que se lee que, *siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, á no ser que del contrato mismo ó de otras circunstancias resultare haberse puesto tambien en favor del acreedor;* y, como en el Proyecto citado, se preceptuó en el art. 1187 del Código de Bélgica, en el 1175 del de Italia, en el 1306 del de Holanda; en el 1187 del de Francia; y en los 1433 del de Veracruz-Llave, 1476 del de Campeche, 1360 del de la Baja California, 1476 del de Mexico y 740 del de Portugal; siendo de notar que este último parece copiado de dicho Proyecto, y asi es lógico sostenerlo, pues realmente el acreedor nada gana con aplazar el cumplimiento de una obligación á su favor constituida.

Es admirable, sin embargo, el aplomo y autoridad con que algunos publicistas, que sin duda no se han tomado la pena de leer los Códigos extranjeros que citan, sostienen que hay concordancias entre el art. 1127 de nuestro Código civil y los arts. 1187 del de Francia, 1175 del de Italia, 1306 del de Holanda y 1476 del de México, cuando realmente todos esos Códigos y los demás por nosotros citados, que tenemos á la vista, dicen lo contrario de lo que preceptua el nuestro, y parece han servido de pauta á lo que decimos se lee en el art. 1047 del Proyecto de Código de 1851 que anteriormente hemos copiado. Y ese precepto que proponia el Proyecto antes mencionado, es el que realmente tenia sus precedentes en la ley 38.ª, párrafo 16, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto, y en la ley 41.ª, párrafo 1.º del mismo título y libro.

De los Códigos que tenemos á la vista, los que realmente aparecen concordantes con el artículo que del nuestro comentamos, son: el del Uruguay en su art. 1397, que dice testualmente lo que sigue: *El plazo se presume siempre estipulado en favor del deudor y del acreedor, á menos que lo contrario resulte de la convención ó de las circunstancias especiales del caso*: y el art. 570 del Código de la República Argentina en que se lee: *El plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, á no ser que por el objeto de la obligación ú otras circunstancias, resultare haberse puesto á favor del deudor ó del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo sino de común acuerdo*: todo lo cual parece fundarse en que ante el derecho comercial y refiriéndose mas bien que á otra cosa al préstamo, se presume estipulado el término en interés común del deudor y del acreedor, y que como al satisfacer el deudor su obligación pudieron haberse estipulado réditos, al acreedor podría convenirle la prolongación del pago para que dichos réditos ascendieran á mayor suma, y para no molestarse antes del término estipulado en buscar medio de colocar el dinero que se le devolviese; mas esto sucede las menos veces, y realmente el aplazamiento de una obligación redunda siempre en beneficio del deudor.

Digitized by Google

Mucho sobre esto han discutido algunos tratadistas, y el mismo Sr. Goyena trae un ejemplo que él supone tomado por Rogrón del publicista Mr. Pothier, el cual lo vemos también consignado en otros comentarios al Código de la República Argentina y del que se deduce una utilidad para el acreedor con el aplazamiento por efecto de las circunstancias; pues supone á un comprador de una manada de reses para venderlas en la feria de Pascuas, cuya manada se entrega precisamente la víspera de la feria; y opina que no puede ser compelido el comprador á recibir las reses antes de la víspera señalada, porque de obligarle á tal admisión se le perjudicaria teniendo que mantenerlas hasta el dia de la feria; pero esto no desvirtua lo que anteriormente dejamos sentado.

Art. 1126. Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél.

También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado á voluntad del deudor.

El contesto del artículo que acaba de consignarse demuestra más y mas nuestra opinión, ó sea la de que el plazo se concede generalmente en beneficio del deudor, pues de otra manera no se consignaria lo que se consigna en el primer apartado de este artículo, y natural es que el legislador deje al prudente arbitrio judicial el señalamiento de ese plazo que expresamente no se hubiese determinado en la obligación al constituirse, pero que su concesión se dedujera clara y terminantemente, no sólo de la naturaleza de la misma obligación constituida, sino de las circunstancias en que se encontraban los que crearon aquella relación jurídica á su establecimiento. Y si lógico y razonable es que en el primer caso, objeto de este artículo, los Tribunales determinen el plazo que se supone tácitamente concedido, porque no se debe dejar indefinidamente al acaso, mucho mas lógico es que los mismes Tribunales fijen la duración de dicho plazo, cuando éste quede á la sola voluntad del deudor, pues en tal caso muchas veces se haria ilusorio el cumplimiento de la obligación y siempre quedaria perjudicado el acreedor, que no sabría á que atenerse para ejercitar las acciones correspondientes.

Precedentes se encuentran en la ley 13.ª, tit. 11, Part. 5.ª, habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1145 del Proyecto de Código de 1882.

Verdadera concordancia encontramos en el art. 1173 del Código de Italia en el que se expone que, cuando no se ha fijado término, deberá ejecutarse la obligación inmediatamente, siempre que la cualidad de la misma ó la manera con que deba ejecutarse ó el lugar convenido para su ejecución, no implique la necesidad de un termino que haya de establecer la autoridad ju-

Digitized by Google

dicial; determinando asi mismo que corresponderá también á los Tribunales fijar un término conveniente para el cumplimiento de la obligación, si éste se hubiere dejado á la voluntad del deudor.

En el Código del Uruguay vemos no verdadera concordancia en su artículo 1401, sino alguna analogia con lo que expresa el art. 62 de nuestro Código de comercio, en el que se determina, que las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes ó por las disposiciones de dicho Código, serán exigibles á los diez dias después de contraidas, si solo produjeran acción ordinaria, y al dia inmediato siguiente si llevaren aparejada ejecución, mientras que el Código civil citado del Uruguay, en su ya mencionado art. 1401 nos dice, que la obligación en que por su naturaleza no fuere esencial la designación del plazo, ó que no tuviera plazo cierto estipulado por las partes ó señalado en aquel Código, será exigible diez dias después de la fecha.

Art. 1129. Perderá el deudor todo derecho á utilizar el plazo:

1.° Cuando, después de contraida la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.° Cuando no otorgue al acreedor las garantías á que estuviese comprometido.

3.° Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, á menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas é igualmente seguras.

Poco ó nada podemos decir del artículo que acaba de consignarse porque claro es en extremo, y se ve de un modo palmario la tendencia del legislador á evitar que, bajo el pretexto de un plazo pierda el acreedor toda seguridad para hacer efectiva la obligación que á su favor se contrajo; y de no haberse consignado en nuestro Código los preceptos que se prefijan en el artículo que nos ocupa, de seguro que la mayor parte de los contratantes de mala fe é insolventes ocultos, cuyo oficio es el de defraudar á las personas de buena fe, entrarian en la idea del establecimiento de obligaciones siempre á plazo para perjudicar con ellas á los contratantes honrados; y esto ya se vino preveyendo antes de la publicación de nuestro Código, pues la ley de Enjuiciamiento civil vigente, en su art. 1155 determinó, que, si el deudor no cumpliese en todo ó en parte el convenio de quita ó espera, recobrarán los acreedores todos los derechos que contra aquél tenian antes del convenio; y nuestro Código de comercio, en su art. 883, previsor de suyo, vino á sentar preceptos que determinan análogos principios, teniendo por vencidas á la fecha de la declaración de quiebra las

Digitized by Google

deudas pendientes del quebrado, y casi idéntico precepto á éste se propuso en el art. 1048 del Proyecto de 1851.

Concuerda, ó mejor dicho, contienen preceptos análogos los arts. 1188 del Código de Bélgica, 1176 del de Italia, 1188 del de Francia, 1399 del del Uruguay, 1458 del de Guatemala, 741 del de Portugal, 572 del de la República Argentina, 1454 del de Veracruz-Llave, 1141 del de Nápoles, 1307 del de Holanda, 1279 del Sardo, 1252 del de Colombia, 1496 del de Chile, 844 del de Vaud, 1183 del de Bolivia, 2049 del de la Luisiana, 1477 del de México, 1361 del de la Baja California, 1477 del de Campeche y otros.

Art. 1130. Si el plazo de la obligación está señalado por dias á contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente.

Ya se trató al comentar este mismo Código de lo que significaban los plazos y como debian contarse, y aunque el articulo que al presente comentamos se limita á tratar del caso en que el plazo se contare por dias, estableciendo lo que todos conocemos ya como inconcuso, ó sea que debe empezarse á contar siempre desde el dia siguiente al en que se constituyó la obligación, nos basta remitir á nuestros lectores á lo determinado en el art. 7.° de este mismo Código y á los precedentes que en la Ley de Partida como en la de Enjuiciamiento civil encontramos, pues especialmente en el art. 303 de dicha ley de enjuiciar se prescribe clara y terminantemente que los términos judiciales empezarán á correr desde el dia siguiente al en que se hubiere hecho el emplazamiento, citación ó notificación, y se contará en ellos el dia del vencimiento.

También el Código de comercio, en sus arts. 60 y párrafo 2.° del 452 se ocupa de los términos en igual sentido que el del articulo que de nuestro Código civil comentamos, y tanto el art. 1049 del Proyecto de Código de 1851 como el 1147 del Proyecto de 1882 proponian preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 2052 y 2053 del Código de la Luisiana, 1400 del del Uruguay, 1455 del de Colombia, 1498 del de Chile, 1471 del de México en relación con el 1240 al 1244 del mismo Código, 1358 del de la Baja California en relación con el 1125 al 1129 de aquél, 1471 en relación con el 1239 al 1243 del de Campeche y otros.

SECCIÓN TERCERA.

DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.

Art. 1131. El obligado alternativamente á diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.

Digitized by Google

El acreedor no puede ser compelido á recibir parte de una y parte de otra.

Sin definir nuestro Código las obligaciones alternativas, pues parece haberse propuesto el legislador en él alejarse de toda definición, empieza, al tratar de ella, ocupándose del deber que el obligado, en virtud de las mismas, tiene de cumplir por completo una de ellas; y aunque se prescinda de los precedentes romanos y de los de nuestro antiguo derecho patrio, indudable es que pactándose dos obligaciones alternativas, el obligado es el que tiene derecho á optar por el cumplimiento de una ú otra pero realizándola en toda su integridad, pues de otra manera no podria conceptuarse técnicamente la obligación como alternativa, y jamás podrá compelérsele al acreedor á que admita el cumplimiento de parte de una y de parte de otra, porque, como ya lo hemos dicho, si tal sucediera, perderia dicha obligación su propia naturaleza, si bien la elección del cumplimiento de una de las dos obligaciones que debe haber siempre entre las alternativas, puede reservársela el acreedor.

Precedentes vemos en las Leyes 29 y 140, tit. 1.°, lib. 45; 5.ª, tit. 7.°; 22 y 34, párrafo 6.°, tit. 1.°, lib. 28; 10, párrafo 6.°, tit. 3.°, lib. 23 del Digesto; 2.ª, tit. 4.°, lib. 13 del Dig., y Leyes 23 y 24, tit. 11, Part. 5.ª, habiéndose propuesto preceptos análogos en el párrafo 2.° del art. 1051 del Proyecto de Código de 1851 y en el artículo 1148 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 635 y 636 del Código de la República Argentina, 1189 al 1191 del Código de Francia, 1142 al 1144 del de Nápoles, 2062 y 2064 del de la Luisiana, 1436 del de Veracruz-Llave, 1308 del de Holanda, 1557 del de Colombia, 1310 y 1312 del del Uruguay, 1460 del de Guatemala, 1499 y 1500 del de Chile, 733 del de Portugal, 1177 del de Italia, 1480 del de Campeche, 1364 del de la Baja California y 1480 del de México.

Art. 1132. La elección corresponde al deudor, á menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.

El deudor no tendrá derecho á elegir las prestaciones imposibles, ilícitas ó que no hubieran podido ser objeto de la obligación.

Hemos indicado antes que en las obligaciones alternativas la elección corresponde generalmente al deudor, á no ser que expresamente se la reservase el acreedor; y si esto es inconcuso, no lo es menos que, dados los principios generales del derecho, el deudor no puede elegir prestaciones imposibles, ilícitas ó que no hubieren podido ser objeto de la obligación, por cuanto lo imposible, lo ilicito, y lo que está fuera del objeto de la obligación constituida; ni física ni metafísicamente puede realizarse.

Digitized by Google

Se encuentran precedentes, aunque no muy concretos, en la ley 1.ª, título 4.°, lib. 41 del Dig. y leyes 23 y 24, tit. 11, Part. 5.ª; y preceptos análogos en cuanto al primer apartado del artículo que comentamos, se ven en el artículo 1052 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 687 del Código de la República Argentina, 1190 del de Francia, 1309 del de Holanda, 1311 del del Uruguay, 1178 del de Italia, 886 del de Vaud, 1143 del de Nápoles, 1190 del de Bélgica, 2063 del de la Luisiana, 274 del de Prusia, 1481 del de México, 1185 del de Bolivia, 1365 del de la Baja California, 1481 del de Campeche, 1500 del de Chile, 82 del de Suiza, 1557 del de Colombia, y otros; tratándose principalmente en todos ellos, de un precepto análogo al contenido del artículo que comentamos.

Art. 1133. La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada.

Es evidente que la elección en una obligación alternativa no puede producir efecto sino desde que fuere notificada en forma legal, porque mientras no se haga la notificación á la persona á cuyo favor se constituyó la obligación, no sólo puede variar de opinión el obligado, sino que faltando el conocimiento de las dos personas entre las que se constituyó la relación jurídica, faltaría el elemento esencial de la misma, pues solo con ese conocimiento de ambos, piérdese la alternativa, y se convierte en pura la obligación desde el momento en que se eligió una de las dos maneras de cumplir lo pactado; como se convertirá en pura si una de las dos cosas estipuladas fuese imposible, ó pereciese ó no pudiera ser objeto de la obligación de que se trate, que es de lo que se ocupaba el art. 1053 del Proyecto de 1851, como se habían ocupado antes las leyes 72, párrafo 4.°, tit. 3.°, lib. 46; la ley 16, tit. 1.° del mismo libro; 16, título 1.°, lib. 18; y 82, tit. 1.°, libro 45 del Dig.; ypárrafo 10. tit. 20, lib. 3.° de la Instituta; de cuyas disposiciones parece haber tomado sus preceptos los artículos 1192 del Código de Francia, 888 del de Vaud, 1045 del de Nápoles, 1282 del Sardo, 1310 del de Holanda y 1065 del de la Luisiana.

Art. 1134. El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones á que alternativamente estuviese obligado sólo una fuere realizable.

Claro es que si una de las dos prestaciones á que se refiere la obligación alternativa es irrealizable, no podrá elegir una, porque siendo imposible una de las cosas, imposible física y metafísicamente se hace la elección, y se convierte la obligación en simple ó pura.

Ya la ley 2.ª, tit. 4 °, lib. 13 del Digesto, se ocupó de esto, pero el célebre

Digitized by Google

Ulpiano era de opinión de que en tal caso quedase al arbitrio del deudor entregar la cosa que quedaba ó pagar el precio de la que había perecido, y así parecía indicarse en la ley 47, párrafo 3.°, lib. 30 del Digesto. Las leyes 14, 20, 23 y 24, tit. 11, Part. 5.ª, siguieron al Derecho Romano; y encontramos preceptos análogos en los arts. 639 del Código de la República Argentina, 1192 y 1193 del de Bélgica, 1146 del de Nápoles, 1192 y 1193 del de Francia, 1283 del Sardo, 1179 y 1180 del de Italia, 1313 y 1314 del del Uruguay, 1310 y 1311 del de Holanda, 1349 del de Veracruz-Llave, 1482 del de Campeche, 1368 del de la Baja California, y 1482 del de México.

Es digna de estudiarse la Sentencia de 6 Febrero de 1868.

Art. 1135. El acreedor tendrá derecho á la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, ó se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.

La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, ó el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible.

No hay para que reproducir aquí la teoría de las culpas, *lata*, *leve* y *levísima*, ni reproducir debemos lo que ya espusimos respecto de la verdadera acepción de las palabras daños y perjuicios, que sus equivalentes tenían en la antigua legislación bajo las frases: *daño emergente* y *lucro cesante*; pues para demostrar que el acreedor tiene derecho á la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas objeto de la obligación alternativa, basta la simple enunciación de la primera parte del artículo que comentamos; y si esto no fuese bastante, sobraría base para defender tal aserto, con sólo recordar los principios sustentados en las leyes 2.ª, párrafo 3.°, tit. 4.°, lib. 13; 16ª, tit. 1.°, lib. 45; 95, tit. 3.°, lib. 46; y 34ª, tit. 1.°, libro 18 del Digesto; así como los de la ley 14, tit, 11, Part. 5.ª antes citada; y más conocimiento se adquiere todavía si se abren las obras de Pothier, sobre obligaciones, cuyo tratado es admirable; pues bien, tales antecedentes tiene el artículo 1135 que de nuestro Código nos ocupa, y basado en los principios expuestos en aquellos cuerpos de derecho, y fundamentado en las reglas de equidad y de justicia, que el buen sentido no rechaza nunca, nada más hay que decir para su defensa; porque cuanto nosotros dijéramos sería pálido ante la razón y el derecho á que el mismo se adapta, ante la necesidad que de su redacción precisa y clara se imponía.

Pero nuestro Código dice más; queriendo aquilatarlo todo, queriendo evitar

Digitized by Google

pleitos y zanjar dudas, prescribe, que para los efectos de esa indemnización ha de tenerse presente el valor de la última cosa que hubiere desaparecido, ó del servicio que ultimamente se hubiese hecho imposible: y aunque nosotros estamos conformes en esa fijación, quizá hubiéramos sido más duros para castigar la mala fe del deudor, facultando cuando ménos al acreedor, para que prescindiendo de la regla anterior pudiera optar por el valor de la cosa ó servicio que mejor le pareciese de los comprendidos en la obligación alternativa.

Relación tiene este artículo con los preceptos de los arts. 1104 al 1109 de este mismo Código, y tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1054, como el art. 1152 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1193 del Código de Bélgica, 1180 del de Italia, 1193 del de Francia, 639 del de la República Argentina, 1311 del de Holanda, 735 del de Portugal, 889 del de Vaud, 2066 del de la Luisiana, 1314 del del Uruguay, párrafo 2.° del 1460 del de Guatemala, 1439 del de Veracruz-Llave, 1499 y 1500 del de México, 1383 y 1384 del de la Baja California, 1499 y 1500 del de Campeche, y otros.

Art. 1136. Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor.

Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas:

1.ª Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, ó la que haya quedado, si una sola subsistiera.

2.ª Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, ó el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido.

3.ª Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio.

Las mismas reglas se aplicarán á las obligaciones de hacer ó de no hacer, en el caso de que algunas ó todas las prestaciones resultaren imposibles.

Reglas son las que contiene este artículo que no necesitan comentario, porque claras son en extremo, y se desprenden natural y lógicamente de principios anteriormente citados.

De la misma manera que dijimos antes, que cuando, correspondiendo la elección al deudor, se convertía la obligación alternativa en pura desde el mo-

Digitized by Google

mento que dicho deudor optaba por una de dos ó varias prestaciones, debe sostenerse ahora, que cuando la elección compete al acreedor, desde que éste opta por una ú otra cosa y se notifica su elección al deudor, la obligación alternativa desaparece para convertirse en pura; pero hasta entonces el deudor contrajo responsabilidades varias, que son las consignadas en las tres reglas que acaban de dejarse expuestas, que son claras en su letra y en su espíritu, y que resuelven todo cuanto relativamente al caso pueda ser objeto de decisión: el caso fortuito que no es imputable al deudor, pero que faculta al acreedor á elegir una de las cosas que queden de las que fueron objeto de la obligación alternativa: la pérdida de alguna de las cosas objeto de la obligación alternativa por culpa del deudor, que faculta al acreedor para reclamar cualquiera de las cosas que subsistan ó el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido: y cuando hubiesen desaparecido todas las cosas objeto de la obligación alternativa, se dá facultad al acreedor para reclamar el precio de la cosa que mejor le pareciera y que por culpa de su deudor hubiéranse perdido ó desaparecido. Estas tres justas reglas expuestas con tanta sencillez para las obligaciones alternativas en que el obligado tiene que dar alguna cosa, no pueden ménos de rejir las prestaciones de servicio ó las obligaciones de hacer ó no hacer, en el caso de que esas prestaciones resultaran imposibles por culpa del deudor, y el acreedor tuviera la facultad de elegir, si bien en la práctica se han de encontrar más dificultades respecto de estas últimas, que con relación á las primeras.

Precedentes vemos no muy concretos en el Digesto; y más verdaderos, respecto del último apartado del art. 1136 que comentamos, en las leyes 12 y 13, tit. 3.º del lib 1.º del Digesto: *Ubi eadem est ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio*: y en relación está con lo prevenido en los arts. 1096 al 1099, 1104 y 1105 de este mismo Código, como ya antes hemos indicado. Tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1055, como el art. 1153 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1194 al 1196 del Código de Francia, 1181 al 1883 del de Italia, 1194 al 1196 del de Bélgica, 1315 del del Uruguay, 734 al 736 del de Portugal, 1312 y 1313 del de Holanda, 1502 al 1504 del de Chile, 641 y 642 del de la República Argentina, 1486 al 1489 del de Campeche, 1370 al 1373 del de la Baja California, 1486 al 1489 del de México y otros.

SECCIÓN CUARTA.

DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y DE LAS SOLIDARIAS.

Art. 1137. La concurrencia de dos ó más acreedores ó de dos ó más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho á pedir, ni cada uno de éstos deba

Digitized by Google

prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar á esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

Ocúpase esta sección cuarta de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias, siguiendo en parte los principios del derecho romano que con admirable precisión se ven desenvueltos en este Código, así como los conceptos de mancomunidad, solidaridad, divisibilidad é indivisibilidad de las obligaciones.

Sepárase, sin embargo, algún tanto de la marcha propuesta en el Proyecto de Código de 1851, en cuyo art. 1056 empezaba por determinarse la mancomunidad, diciendo que puede constituirse entre deudores y acreedores; y que la hay de deudores, cuando dos ó más personas se obligan á una misma cosa, de modo que ésta puede exigirse en su totalidad de cada una de ellas. Y hay comunidad de acreedores, cuando á dos ó más personas se ofrece una misma cosa; de modo que puede exigirse en su totalidad por cada uno de ellos.

Tomados están tales conceptos, el primero de la ley 3.ª, párrafo 1.º, tit. 2.º, lib. 45 del Digesto. *Ubi duo reifacti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum insolidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti*: de cuyo precepto también tomó el suyo la ley 8.ª, tit. 12, Part. 5.ª

Pues bien, nuestro Código en su art. 1137, determina que la concurrencia de dos ó más acreedores ó de dos ó más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquellos tenga derecho á pedir, ni los deudores deban prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, si expresamente no se determina así al constituir la obligación. Es decir, que las obligaciones solidarias nunca se presumen, sino que nacen de la expresión cierta, clara y terminante de todos y cada uno de los que á dicha obligación concurren.

Al fijarse cualquiera en el epígrafe de esta sección y compararlo con el contenido del primer artículo de la misma, parece representan ideas antitéticas, y que conceptuando como distintas en el primero las palabras mancomunadas y solidarias, se tienen por sinónimas en el segundo, conforme al tecnicismo gramatical; pero realmente la solidaridad y la mancomunidad hoy ante el derecho no aparecen sinónimas en todos los Códigos modernos, como lo son ante el diccionario de la lengua; pues mientras en nuestro Código, en el de Bélgica, en el de Francia, en el de Holanda, en el de Italia, en el de Portugal, en el de la República Argentina y otros se diferencian perfectamente los conceptos de mancomunidad y la solidaridad de los acreedores y la mancomunidad y la solidaridad de los deudores; otros, como el del Uruguay, denominan solidaridad activa y solidaridad pasiva, según se considere dicha solidaridad respecto á los acreedores ó con relación á los deudores, y las tratan separadamente; algunos

Digitized by Google

hay que sólo se ocupan de las obligaciones solidarias en general, y otros que bajo el nombre de mancomunidad tratan como sinónima dicha palabra y la de solidaridad bajo un mismo capítulo; tal sucede en los de México, Campeche, Baja California y Veracruz-Llave.

Los preceptos contenidos en el Código de la República Argentina, hemos indicado dan distinta significación á la mancomunidad y á la solidaridad, toda vez que preceptúan que las obligaciones mancomunadas son aquellas en las cuales hay más de un acreedor ó más de un deudor y las clasifica en mancomunadas simples y mancomunadas solidarias; conceptuando que la mancomunidad simple es aquella en que el crédito ó la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, si no se hubiere establecido que las partes fueran desiguales; y que la obligación mancomunada es solidaria cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo ó de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores ó á cualquiera de los deudores; esta es la teoría que nos parece más razonable, y en la que, apartándose del formularismo del derecho romano, y de la confusión entre la mancomunidad y la solidaridad, viénese á determinar técnicamente las diferencias entre la mancomunidad y la solidaridad, y trátase de hacer ver que la solidaridad nunca se presume sino que es hija siempre de la volición expresa de los contratantes.

Es evidente que tanto la mancomunidad como la solidaridad, supone la coexistencia de varios deudores ó de varios acreedores de diferentes personas que quedan ligadas por ese vínculo producido al determinarse la relación jurídica que en toda obligación se establece, de manera que tanto la deuda como el crédito común dé lugar á la cooperación de los obligados ó de los obligantes para realizar el objeto de lo estipulado ó de lo que es materia de la obligación; mas debe tenerse muy en cuenta que, según el derecho moderno establecido en nuestro Código, y en algunos Códigos extranjeros, por la comunidad se obligan todos los mancomunados á pagar en común la deuda y cada uno la parte proporcional que le corresponde, mientras que en la solidaridad todos los obligados juntamente y cada uno de por sí ó *in solidum* quedan obligados á satisfacer por completo la prestación común; de manera que puede decirse que la mancomunidad es al género, lo que la solidaridad es á la especie; y que la mancomunidad se presume por partes iguales entre todos los que se ligan con un vínculo jurídico al contraer una obligación común, mientras que la solidaridad no puede presumirse, según el derecho romano, sino que ha de nacer necesariamente de la expresión clara y solemne de la voluntad de todos y cada uno de los mancomunados para obligarse *in solidum* por la totalidad de la deuda: de modo que puede haber comunidad sin que haya solidaridad, y en cambio la solidaridad presupone la existencia de la comunidad. Es por esto por lo que dice el art. 1137, en su última parte, que sólo cuando la obligación

Digitized by Google

expresamente lo determine, cada uno de los deudores debe prestar integramente la cosa objeto de la obligación, constituyéndose con el carácter de solidaria.

Precedentes ó más bien analogías, puesto que ya hemos dicho cambia la textura del derecho en esta materia, encontramos en las leyes 2.ª, 3.ª, 9.ª, 11 y 15, tit. 2.º, lib. 45 del Dig.; Novela 49, cap. 1.º, ley 2.ª, tit. 40, lib. 8.º del Código Romano, ley 8.ª, tit. 12, Part. 5.ª; siendo verdadero precedente el precepto de la ley 10, tit. 1.º, lib. 10 de la Novis. Recop.; y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 56, como el art. 1154 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos en su esencia.

Concuerda con los arts. 1197 y 1200 del Código de Francia, 1184 y 1186 del de Italia, 1197 y 1200 del de Bélgica, 750 y 752 del de Portugal, 690, 693 y 699 del de la República Argentina, cuyos artículos contienen los preceptos más claros y más técnicos de todos los Códigos modernos hasta ahora examinados, acerca de los que ya hemos hecho las correspondientes indicaciones. Concuerda también con los arts. 1461 y 1464 del Código de Guatemala, en el que se confunde la solidaridad con la mancomunidad, puesto que en el primero de dichos artículos citados se dice que: *Es solidario ó mancomunado entre varios acreedores el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación cuando cualquiera de ellos tiene facultad de pedirlo;* y en el segundo se determina que: *Es solidaria ó mancomunada una obligación entre deudores, cuando puede exigirse su cumplimiento de cualquiera de ellos;* mientras que en el art. 1351 del Código del Uruguay, se previene que la solidaridad de las obligaciones puede ser activa ó pasiva, según se considere respecto de los acreedores ó con relación á los deudores; que la solidaridad activa ó entre los acreedores de una misma cosa es el derecho que cada uno tiene de reclamar el pago de su totalidad; y la solidaridad entre deudores es la obligación impuesta á cada uno de ellos de pagar solo por todos la cosa que deben en común Los arts. 1314 y 1316 del Código de Holanda vienen á sentar preceptos bien parecidos á los que acaban de consignarse del Código del Uruguay, aunque con alguna mayor extensión y tratando sólo de la solidaridad de acreedores y deudores.

Concuerda asimismo con los arts. 424 del de Prusia, 2083 y 2086 del de la Luisiania, 891 del de Austria, 1150 y 1153 del de Nápoles, 893 y 896 del de Vaud, 1287 y 1290 del Sardo, 1141 y 1142 del de Veracruz-Llave, siendo de notar que en los artículos de este último se trata solo de la mancomunidad, tomando dicha palabra como equivalente á solidaridad, puesto que dice, que, hay mancomunidad entre deudores, cuando dos ó mas personas se obligan á una misma cosa, de modo que ésta pueda exigirse en su totalidad de cada una de ellas, y que la hay de acreedores cuando el todo del crédito pueda exigirse por cualquiera de ellos.

Los Códigos de México, Campeche y Baja California, dedican cada uno de

Digitized by Google

los tres un capítulo, el quinto, á tratar de la mancomunidad, y expresan, como el del Uruguay, que la mancomunidad puede ser activa y pasiva, y confunden la mancomunidad con la solidaridad, desde el momento en que determinan que los acreedores y deudores mancomunados se llaman también solidarios, coincidiendo los textos de los arts. 1504 al 1508 de los Códigos de México y Campeche, que son idénticos hasta en su numeración, con los arts. 1388 al 1392 del de la Baja California.

Art. 1138. Si del texto de las obligaciones á que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito ó la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, reputándose créditos ó deudas distintos unos de otros.

En este artículo que acabamos de consignar, vienen precisamente á señalarse de un modo indirecto las diferencias de la obligación mancomunada y la obligación solidaria; pues realmente, siendo simplemente mancomunada la obligación y no habiéndose consignado otra cosa en contrario al constituirla, el crédito ó deuda común debe presumirse dividido en partes iguales entre los deudores ó acreedores que concurrieron al establecimiento de aquella relación jurídica, reputándose créditos ó deudas distintos con relación á cada uno de los copartícipes en aquella obligación mancomunada; mientras que, cuando no solo común sinó solidariamente todos y cada uno de los acreedores ejercitan acciones, ó se obligan, según los casos, *insolidum* por la totalidad de la deuda éstos, ó por el crédito completo aquéllos hay verdadera solidaridad; y esto lo vemos ya consignado en la ley 10.ª, tit. 1.º, lib. 10.º de la Novísima Recopilación, como aparece también expuesto, aunque simplemente bajo la palabra mancomunidad, en los arts. 1508 del Código de Campeche; 1392 del de la Baja California, 1508 del de México, 691 del de la República Argentina, y en relación está con lo que se previene en el art. 765 de este mismo Código; proponiendo preceptos análogos el art. 1155 del Proyecto de 1882.

Art. 1139. Si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados á suplir su falta.

Este artículo viene á ser una excepción de la regla general anteriormente sentada, que conforme está con el buen sentido, pues evidente es que, si la obligación mancomunada recayese sobre cosa, acción ó prestación material-

Digitized by Google

mente indivisible por su natulaleza, no puede perjudicar á los acreedores ni hacerse efectiva contra los deudores sino colectivamente, porque la acción en los unos y la obligación en los otros, ha de depender precisamente de la coopération de todos para pedir el cumplimiento de la obligación ó llevar á efecto aquello á que cooperativamente se obligaron. Mas como al constituir esta obligación puramente mancomunada, no lo hicieron mas que en cuanto dentro estaba de la relación jurídica que creaban sin comprometerse á nada solidariamente, de ahí el que venga el último párrafo del art. 1139 que comentamos, á determinar que si alguno de estos obligados mancomunadamente resultara insolvente, no estarán los demás obligados al cumplimiento de lo que al insolvente hubiera correspondido caso de no serlo, lo cual también está en perfecta relación con lo que se determina en el artículo anterior, puesto que repntándose deudas distintas cuando cabe la divisibilidad las de la parte proporcional que á cada uno de los obligados mancomunadamente corresponda, no sería justo, ni lógico, ni equitativo que, cuando esa división se hace imposible, lo que deje de pagar un insolvente fuera á prorratearse entre los demás mancomunadamente obligados.

Los arts. 1217 y 1218 del Código Francés, como iguales artículos del de Bélgica, definen las obligaciones en divisibles é indivisibles, como lo hacen los arts. 1202 y 1203 del de Italia, y 1332 y 1333 del de Holanda, pero realmente no son concordantes con el que al presente comentamos, y en el art. 1337 del de Holanda se sustenta doctrina contraria á la del que nos ocupa.

Art. 1140. La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

El precepto de este artículo parece difícil á primera vista, pero pensando sobre el mismo con alguna detención, resulta de fácil inteligencia, pues solo quiere decir que los que concurren á esa relación jurídica que nace del acto ó contrato que constituye una obligación, pueden hacerse acreedores ó deudores mancomunadamente solidarios, aunque unos entren en dicha obligación á contraer el vínculo puramente, y otros concurran á aquel compromiso, bajo condición ó á plazo; pues en tal caso, si la solidaridad se estipuló, como solidarios responderán todos y cada uno de los obligados, si bien teniendo en cuenta que, para realizar la obligación, ha de esperarse á lo estipulado con relación al que se obligó á plazo, ó con condición determinada, pues dicho se está que el que bajo este concepto entra en aquella relación jurídica, nunca podrá ser compelido á pagar la prestación á que se obligó mancomunada y solidariamente con otros, mientras no llegue el día en que se cumpla el plazo ó la condición á que él mismo se sujetó. Así se deduce claramente no solo de la ley 7.ª,

Digitized by Google

tit. 2.°, lib. 45 del Digesto, de donde lo tomó el párrafo 2.°, tit. 17, lib. 3.° de la Instituta, sino de la ley 9.ª, tit. 2.°, lib. 45 del Digesto, en la que se ven varios ejemplos que determinan bien el contexto del artículo que comentamos, y que no transcribimos por no hacer difuso el comentario, pues el rasgo característico ó constitutivo de la mancomunidad solidaria, es que se deba una misma cosa conjuntamente, y que todos y cada uno de los deudores se obliguen á su completo pago, siendo accesorio el que se deba del mismo modo ó bajo condiciones diferentes aceptadas; así es, que cuando de tres obligados solidariamente, el uno contrae el vínculo jurídico puramente, el otro bajo condición y el otro á plazo, desde el momento en que se cumplan esa condición y ese plazo, quedarán los tres deudores solidariamente obligados en las mismas condiciones, ó como si la obligación fuese pura, y desde entonces el acreedor podrá accionar contra todos ó cada uno de ellos por la totalidad de la deuda, mientras que en cuanto al obligado simplemente, ó sin condición, el día cede y viene desde el momento en que se establece la obligación, sin perjuicio de que después éste repita contra los otros, bajo las condiciones y plazo estipulados.

Precedentes encontramos en las disposiciones del Digesto antes indicadas; y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1057, como el de 1882 en su art. 1147, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1201 del Código de Francia, 1187 del de Italia, 1201 del de Bélgica, 1317 del de Holanda, los cuales, con corta diferencia vienen á expresar, que la obligación podrá ser solidaria aunque uno de los deudores esté obligado de manera distinta que el otro al pago de la misma cosa; como si el uno estuviere obligado puramente; el otro, bajo condición, ó si uno tuviere plazo concedido para el cumplimiento de la obligación y el otro no; pero el que de un modo bien claro y conciso determina lo que al efecto conviene determinar y explicar, con más claridad que el mismo Maynz, es el art. 702 del Código de la República Argentina, en el que se previene que *la obligación no deja de ser solidaria, cuando dividiéndose una sola y misma cosa, ella sea para alguno de los acreedores ó para alguno de los deudores obligación pura y simple, y para otros, obligación condicional ó á plazo, ó pagadera en otro lugar.*

También concuerda con los arts. 1354 del Código de Uruguay, 1512 del de Chile, 1291 del Sardo, 2087 del de Luisiana, 1154 del de Nápoles y 1443 del de Veracruz-Llave.

Se dirá quizá por algunos, que puede ofrecerse una cuestión en el terreno de las obligaciones solidarias por modo distinto y que una de las principales que pueden suscitarse es la de que, establecida una obligación solidaria, puramente para uno, bajo condición para otro, y á plazo para otro, si este plazo y aquella condición tuvieran un término demasiado largo, se daría el caso de la prescripción relativamente al que solo contrajo la obligación pura. En

Digitized by Google

efecto, este caso que pudiera dar lugar á alguna duda, y que pudiera resolverse bajo el punto de vista de la compensación que debe existir entre el deudor puro que se obliga desde luego y se ve expuesto al pago completo de la deuda solidariamente contraida, sin poder repetir contra el deudor á plazo hasta que dicho término se cumpla, y el perjuicio que á este deudor á plazo pudiera irrogarse por la prescripción que quiera suponerse tenga lugar respecto del deudor puro, es factible, pero nosotros creemos que no hay necesidad de acudir á tal compensación para resolver tal duda, pues desde el momento en que la obligación solidaria es una, no puede dividirse su continencia para los efectos de la prescripción, ni puede entenderse que ésta corre más que desde el plazo máximo de cualquiera de los deudores ó desde el cumplimiento de la condición impuesta á uno de ellos, y por lo tanto, que con relación al obligado puramente la prescripción no corre hasta que, llegado el plazo ó cumplida la condición, se coloquen todos los solidariamente obligados en identidad de condiciones; además de que el derecho para poder repetir contra el obligado puramente *in solidum*, aquel que *in soludum* se obligó conjuntamente bajo condición, no nace sino desde el momento en que la condición se realiza, que es cuando el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación respecto al obligado condicionalmente.

Art. 1141. Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil á los demás, pero no lo que les sea perjudicial.

Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán á todos éstos.

Como la ley y el buen sentido han de suponer siempre que ninguno hace cosas contra si mismo por el deseo de perjudicarse, tampoco puede suponerse que un acreedor solidario pueda hacer cosa alguna en perjuicio de sus coacreedores; y por esto fundadamente prescribe el artículo que al presente comentamos, que, los acreedores solidarios pueden hacer todo lo útil á los demás pero no lo que les perjudica; y, esto, no solo lo dice nuestro Código, sino que lo preceptúa, aunque en términos distintos, el art. 1199 del Código de Francia, el 1172 del Italiano, el 1199 del de Bélgica, el 1315 del de Holanda, el 1445 del de Veracruz-Llave y otros. Pero la acción ejercitada contra cualquiera de los deudores solidarios, perjudica á todos ellos, por cuanto si el deudor contra quien se dirigió tal acción fuera insolvente, los demás responden *in solidum* de dicha obligación en virtud de la acción ejercitada.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, tit. 40, lib. 8.º, del Código Romano; y, tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1059, como el de 1882 en el artículo 1158, propusieron preceptos análogos.

Digitized by Google

Concuerda con los preceptos de los artículos de los Códigos antes indicados, así como con los arts. 895 del de Vaud, 2085 del de la Luisiana, 1152 del de Nápoles, 1289 del Sardo, 1357 del del Uruguay en su número tercero, 713 del de la República Argentina, 1463 y 1470 del de Guatemala, y otros.

Art. 1142. El deudor puede pagar la deuda á cualquiera de los acreedores solidarios; pero, si hubiese sido judicialmente demandado por alguno, á éste deberá hacer el pago.

Lógico y de buen sentido es el precepto que acaba de consignarse, pues si bien el deudor puede pagar á cualquiera de los acreedores solidarios, evidente es, que, cualquiera de éstos que reclame judicialmente, es el que debe cobrar, y, con el pago hecho al mismo, se extingue la obligación del deudor.

Precedentes se encuentran en la ley 57.ª, tít. 3.° del libro 46 del Digesto, en la 16.ª, tít. 2.°, lib. 45 del mismo Digesto, en la 5.ª, tít. 14, Part. 5.ª, y en el párrafo 1.°, tít. 17, lib. 3, de la Instituta.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882 proponían casi idénticos preceptos en sus respectivos arts. 1060 y 1159: concordando el artículo que de nuestro Código nos ocupa con los arts. 1198 del Código de Bélgica, 1185 del de Italia, 1198 del de Francia, 1446 del de Veracruz-Llave, 899 del de Vaud, 1315 del de Holanda, 2084 del de la Luisiana, 1153 del de Nápoles, 706 del de la República Argentina, 1288 del Sardo, 750 del de Portugal y otros.

Art. 1143. La novación, compensación, confusión ó reunión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios ó con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1146.

El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá á los demás de la parte que les corresponde en la obligación.

No cabe duda que por la naturaleza propia de la obligación solidaria cualquier novación, compensación, confusión ó remisión que de la deuda se haga por cualquiera de los acreedores solidarios, debe extinguir la obligación; porque si la novación, la compensación, la confusión y la remisión son, como el pago, medios de concluir una obligación cualquiera, no pueden menos de serlo en las obligaciones solidarias; así es que cualquier acreedor solidario que nove, compense, confunda ó remita la deuda á que se refiere la obligación solidaria de que se derive, extingue con relación al deudor aquella obligación, como la extinguiría cualquier deudor de los solidarios que satisfaciere una obligación establecida *in solidum*, entendiéndose después los coacreedores y los codeudo-

Digitized by Google

res respectivamente con aquel de los acreedores ó de los deudores que de tales modos hubiera extinguido la obligación para que cada uno de los mancomunados sólidamente pudiera percibir, ó perciba lo que le correspondiere siendo acreedor, ó abone lo que así mismo le corresponda siendo deudor; de manera que lo expuesto en este artículo es una verdad de sentido común, por que si cualquiera de los acreedores mancomunados solidariamente puede hacer lo *más* ó sea accionar ó reclamar el pago de la prestación objeto de la obligación, tiene necesariamente que poder lo *menos*, ó sea novar, compensar ó remitir aquella misma obligación; pues al fin y al cabo no son más que medios indirectos estos últimos de conseguir la extinción de la misma, quedando solo, desde entonces, los efectos de la mancomunidad en cuanto á los abonos ó distribuciones que por su cualidad de mancomunados deben hacerse mútuamente.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª tit. 2.º lib. 45; 31.ª, párrafo 1.º, tit. 2.º, lib. 46, y 62.ª tit. 2.º, lib. 35 del Digesto, y párrafo 1.º, tit. 30, lib. 3.º de la Instituta: viéndose alguna analogía con lo propuesto en los arts. 1061 y 1160 de los respectivos Proyectos de Código civil de 1851 y 1882; y en perfecta relación se encuentra el artículo que al presente comentamos con varios otros de este mismo Código; especialmente con el 1146, que es el que más coincide con lo propuesto en el artículo del Proyecto de 1851 que acabamos de citar; viéndose también esa relación antes indicada entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa, y los arts. 1190 al 1213 del mismo Código.

Concuerda con los art. 1185 del Código de Italia, 751 del de Portugal, 1198 del de Francia, 707 y 708 del de la República Argentina, 1198 del de Bélgica, número 5 del art. 1357 del del Uruguay, 1518 y 1519 del de Chile, y otros.

Art. 1144. El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los acreedores solidarios ó contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

Es tan claro el precepto que acaba de consignarse que realmente no necesita comentario, pues dada la naturaleza de la obligación solidaria no puede menos de comprenderse que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios ó contra todos ellos simultáneamente, porque el que se obliga *in solidum* con otros, lo hace bajo el concepto de que todos los coobligados quedan sujetos bajo el mismo vínculo de derecho, de tal suerte que todos juntos y á solas han de responder de la prestación objeto de aquella relación jurídica por los mismos establecida, sin que esta facultad de poder dirigirse el acreedor contra cualquiera de los codeudores solidarios, le prive de posterio-

Digitized by Google

res reclamaciones contra los demás, cuando no se hubiere cobrado la deuda por completo, pues, precisamente, por lo mismo que la obligación es solidaria, cuando uno de los codeudores resultase insolvente en todo ó en parte, puede dirigirse la acción contra todos los demás ó alguno de ellos hasta tanto que se haga efectiva por completo la prestación, sin que perezca el derecho del acreedor hasta su definitivo pago.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, tit. 40, lib. 8.º del Código Romano; 3.ª, párrafo 1.º, 11.ª, tit. 2.º, lib. 45 del Digesto, y 8.ª, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851 en los dos primeros apartados de su art. 1062, como el Proyecto de Código de 1882 en su art. 1161, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1189 y 1190 del de Italia, 1203 y 1204 del de Francia, 752 y 753 del de Portugal, 1449 y 1450 del de Veracruz-Llave, 1319 y 1320 del de Holanda, 1203 y 1204 del de Bélgica, 705 del de la República Argentina, 1514 y 1515 del de Chile, 163 del de Suiza, 1200 y 1201 del de Bolivia, 1359 del del Uruguay, en sus números primero y segundo; 898 del de Vaud, 1156 del de Nápoles, 2089 y 2090 del de la Luisiana, 1293 del Sardo, 1519 y 1520 del de México, 1403 y 1404 del de la Baja California, y 1519 y 1520 del de Campeche.

Art. 1145. El pago hecho por uno de los deudores solidarios, extingue la obligación.

El que hizo el pago solo puede reclamar de sus codeudores la parte que á cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, á prorrata de la deuda de cada uno.

Es tan claro y tan técnico el precepto de este artículo, que no necesita comentario; pues ya hemos dicho anteriormente que uno de los medios de extinguir la obligación, es el pago de la misma, y por consiguiente, cualquiera de los deudores solidarios que satisfaga la obligación, ésta extinguida queda; y lógico y justo es que el deudor que satisfizo la prestación, puede ejercitar las acciones correspondientes contra sus codeudores para el abonamiento de la parte proporcional que á cada uno corresponda, y los intereses legales del capital anticipado para su solvencia; así como también no puede menos de admitirse como de buen sentido y lógica la teoría sentada en el último apartado del artículo que comentamos, para que en el caso de insolvencia de uno de los codeudores, respondan los demás, no sólo de lo que por sí á cada uno le correspondiese, sino de la parte proporcional para cubrir entre todo lo que el insolvente debía haber satisfecho.

Digitized by Google

No hay verdaderos precedentes, pues lo mismo el Derecho Romano en sus leyes 2.ª, tit. 2.º, lib. 45 del Digesto, y párrafo 1.º, tit, 17, lib. 3.º de las Instituciones, preceptuaban que el deudor mancomunado que pagaba el todo de la deuda, no podia repetir contra sus codeudores sino era mediante la cesión de acciones del acreedor á quien satisfizo la prestación, ó sea lo que en aquella época se llamaba mediante la *carta de lasto*, cuya prescripción pasó á la Ley 11.ª, tit. 12, Part. 5.ª; y por consiguiente, no puede menos de conceptuarse como contraria en parte al artículo que de nuestro Código comentamos.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1603, como el art. 1162 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos, y concordancias vemos en los artículos 1200 y 1214 del Código de Francia, 754 del de Portugal, 1522 del de Chile, 1458 del de Veracruz-Llave, número 6 del 1359 y 1365 del del Uruguay, 1199 del de Italia, 716 y 717 del de la República Argentina, 1467 y 1469 del de Guatemala, 2100 del de la Luisiana, 909 del de Vaud, 1329 del de Holanda, 1167 del de Nápoles, 1304 del Sardo, 1523 del de México, 1407 del de la Baja California, y 1523 del de Campeche; expresándose en estos tres últimos Códigos, que el deudor solidario que pagare por los otros, será indemnizado por cada uno de ellos en la parte respectiva, y si alguno fuere insolvente, el pago de su cuota se dividirá entre los que no lo sean, incluso aquel á quién el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad, siendo también notable la prescripción antes citada del Código holandes, en la que se determina que el codeudor de un débito solidario que le hubiere pagado en totalidad, sólo podrá repetir contra los otros codeudores por la parte y porción de cada uno de ellos, y si alguno de los codeudores fuere insolvente, la pérdida que ocasione esta insolvencia se dividirá á prorrata entre los demás; siendo también dignas de estudio las prescripciones citadas del Código del Uruguay, pues, según ellas, el pago verificado por uno de los codeudores, libra á todos los demás solidarios respecto del acreedor; la obligación solidaria se divide entre los deudores de la manera que hubieren estipulado, ó por partes iguales si nada en contrario se hubiere pactado; y el deudor solidario que pagase la totalidad de la deuda, solo puede reclamar contra cada uno de sus codeudores la parte alicuota que le correspondiere, prorrateándose también la del que se declarase insolvente, á no ser que alguno de los acreedores exhonerase de la solidaridad á su deudor, en cuyo caso el acreedor que tal remisión hubiere hecho, sufre personalmente la parte proporcional con que el deudor por el inhibido ó perdonado, debiera contribuir á la cuota del insolvente.

Art. 1146. La quita ó remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte á uno de los deudores solidarios, no libra á este de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos.

Digitized by Google

Después de lo expuesto al comentar el art. 1143, nada más debiamos decir al presente, pues si ya se dejó sentado que ningún acreedor ni ningún deudor puede perjudicar á sus mancomunados solidarios, es natural que la quita ó remisión hecha por el acreedor en favor de uno de los deudores solidarios no libre al agraciado de las responsabilidades que para con sus codeudores tuviere, cuando alguno de ellos hubiera ya satisfecho la integridad de la deuda; y nosotros creemos también que si esa deuda no estuviere satisfecha en su integridad, sino con el menoscabo de la parte remitida por un acreedor solidario, éste debe ser responsable á sus coacreedores de la parte por el mismo remitida á aquel deudor, pues de lo contrario, se echaria por tierra el principio de que ningún coacreedor ni ningún codeudor puede perjudicar á sus coacreedores ó á sus codeudores.

Precedentes no encontramos concretos en las disposiciones del derecho romano y de nuestro antiguo derecho patrio; mas el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1064, como el Proyecto de 1882, en su art. 1163, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en el art. 1185 del Código de Italia, apartado segundo, y en los arts. 1198 del de Francia, 751 del de Portugal, 896 del de Austria, número 5 del 1357 del del Uruguay, última parte del art. 1198 del de Bélgica, 1524 del de México, 1408 del de la Baja California, 1524 del de Campeche y 1454 del de Veracruz-Llave.

Art. 1147. Si la cosa hubiese perecido ó la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida.

Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable ó negligente.

Nos ocupamos anteriormente, en general, de la responsabilidad de los deudores en cuyo poder perece la cosa objeto de la obligación, según sean ó no culpables de tal perecimiento ó desaparición, y digimos algo de lo que los romanos entendian por culpa *lata*, *leve* y *levísima*; como ya mucho antes tuvimos ocasión de hacer algunas indicaciones al tratar de la separación del dominio directo y del útil, y de las facultades y responsabilidades de cada uno de los que separadamente disfrutan uno y otro; no pudiendo menos de tener ahora presentes los principios que informar siempre deben en esta materia. Así es, que, según esos principios y según el buen sentido, si la cosa pereciese ó la prestación se hiciese imposible sin culpa de los deudores solidarios, no podrá menos de quedar extinguida la obligación; y si mediare culpa de cual-

Digitized by Google

quiera de dichos deudores solidarios, todos estos serán responsables para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de la acción que los demás deudores solidarios pueden ejercitar contra el culpable ó negligente. Lo cual se comprende perfectamente, por cuanto en la obligación solidaria la responsabilidad es común de todos los que al mismo vínculo juntos y á solas se sujetaron; mas esa solidaridad para atender á la prestación común, según las bases de la obligación constituida, no les priva, de que, extinguido el compromiso que tenia para con la persona á cuyo favor se estableció, cada uno de los solidariamente comprometidos ejercite su derecho con relación á sus deudores, para reembolsarse de lo que por culpa de cualquiera de sus consortes hubiera tenido que satisfacer, además de lo que proporcionalmente á él le correspondiera.

Precedentes encontramos en la ley 32.ª, párrafo 4.º, tit. 1.º, lib. 22; 18.ª, tit. 2.º, lib. 45 del Digesto; ley 29.ª, tit. 11.º, Part. 5.ª; y tanto el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1065, como el art. 1164 del Proyecto de 1882, proponian preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1205 del Código de Bélgica, 1191 del de Italia, 1205 del de Francia, 755 del de Portugal, 900 del de Vaud, 1321 del de Holanda, 1521 del de Chile, 2091 del de la Luisiana, 1158 del de Nápoles, 1295 del Sardo; núm. 7 º del 1359 del del Uruguay, 1202 del de Bolivia, 1522 del de México, 1406 del de la Baja California, 1322 del de Campeche, 1455 del de Veracruz-Llave, y otros; coincidiendo casi todos estos Códigos en sus preceptos, principalmente los de Francia, Bélgica, Holanda, Italia, México, Campeche y Baja California, cuya esencia es la misma.

Art. 1148. El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan á los demás, solo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables.

Es tan evidente el precepto de este artículo, que el comentario pretendiendo darle una mejor inteligencia seria pretencioso y hasta imposible, porque á todo el mundo se le alcanza que el deudor solidario no por serlo juntamente y á solas con sus codeudores, pierde el derecho de todo obligado pura, simple y aisladamente; por el contrario, cuando contra él se acude en condiciones improcedentes, cuando contra él *in solidum* y contra la *solidaridad* como entidad jurídica se acciona, puede utilizar todas y cada una de las excepciones que de la obligación se desprendan por su naturaleza y que no sean personalísimas de los otros codeudores, pues de éstas cada uno utiliza las que le son propias.

Precedentes encontramos en la ley 7.ª, tit. 1.º. lib. 44 del Digesto; ley 10.ª,

Digitized by Google

tít. 2.º, lib. 45 del Digesto; leyes 7.ª, párrafo 8.º; 21.ª, párrafo 5.º, y 62.ª, tít. 14, lib. 2.º del Digesto; ley 7.ª, párrafo 1.º, tít. 1.º lib. 44 del mismo Digesto, etcétera, etc.; y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1067, como el art. 1165 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1208 del Código de Bélgica, 1193 del de Italia, 1203 del de Francia, 756 del de Portugal, 715 del de la República Argentina, 1205 del de Bolivia, 1323 del de Holanda, y no el 1327 como consignan algunos publicistas, 1457 del de Veracruz-Llave, 903 del de Vaud, 2094 del de la Luisiana, 1520 del de Chile, 1360 del del Uruguay, 1527 del de México, 1411 de la Baja California y 1527 del de Campeche; expresando estos tres últimos de manera bien concisa y clara que el deudor solidario demandado puede oponer, no solo las excepciones que le competan personalmente, sino tambien las que sean comunes á los demás codeudores; mientras que el artículo por nosotros citado del Código de Holanda, preceptua que el codeudor solidario que fuere demandado por su acreedor podrá oponer contra la demanda cuantas excepciones resulten de la misma obligación por su naturaleza, las que le conciernan personalmente y las que sean comunes á los demás codeudores. Pero no les será permitido oponer sus excepciones propias ó puramente personales á ninguno de los demás codeudores solidarios; lo cual está perfectamente conforme en su esencia, y casi en su redacción, con los preceptos antes citados de los Códigosde Bélgica, Italia y Francia, en cuyo último pais, varias sentencias del Tribunal de casación han sostenido dicha doctrina, siendo una de las mas precisas la de 29 Noviembre de 1876.

SECCIÓN QUINTA.

DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES Y DE LAS INDIVISIBLES.

Art. 1149. La divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor, no altera ni modifica los preceptos del cap. 2.º de este título.

Entramos al presente en el estudio de la sección 5.ª, del cap. 3.º, tít. 1.º, de este lib. 4.º, que se ocupa de las obligaciones divisibles y de las indivisibles, y por más que algunos publicistas, en su exagerada crítica, expresen que nuestro Código en esta materia no obedece á criterio alguno determinado, ni sigue las inspiraciones del derecho romano, ni atiende á las enseñanzas del Código francés, ni á las doctrinas expuestas por la escuela italiana, ni á los conceptos vertidos en muchos de los Códigos americanos, es lo cierto que nuestro Códi-

Digitized by Google

go, no perdiendo de vista los principios fundamentales del derecho, ni olvidando los elementos constitutivos de toda obligación, aunque se haya alejado de definir las obligaciones divisibles y las indivisibles, dá reglas claras y técnicas, las cuales observadas, y teniéndose en cuenta que la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones depende precisamente de las condiciones de la cosa ó prestación objeto de las mismas, sientan principios que demuestran la altura á que se encuentran cuantos formaban la comisión de Códigos que redactó el que comentamos, y los vastos y sólidos conocimientos del Ministro que lo suscribió. Así es que, sin más que abrir los varios Códigos extranjeros que á la cabeza figuran de las más importantes legislaciones, se ve que la obligación se conceptua como divisible ó indivisible, según que su objeto sea ó no susceptible de división, bien material bien intelectual, y esto se ve en los Códigos del Uruguay, de la República Argentina, de Veracrúz-Llave, de Francia, de Chile, de Bélgica, de Italia, de Nápoles, de la Luisiana y otros varios, y estudiándose bien todos y cada uno de ellos, se viene á demostrar que la existencia de obligaciones divisibles é indivisibles tiene su razón de ser en el derecho moderno como lo tuvo en el derecho antiguo y en el derecho romano, donde se deslindó perfectamente la naturaleza de aquellas obligaciones, como deslindadas quedaron con perfección suma las *de dar*, las *de hacer*, las *de no hacer*, y las *de dar y hacer*, viéndose ya en el Digesto que en las obligaciones *de dar*, la divisibilidad ó indivisibilidad dependia de la naturaleza de la cosa objeto del vínculo; las de hacer eran generalmente divisibles, como las de *no hacer*, y las de *dar y hacer* que las más veces tenian el carácter de indivisibles, si bien podian llegar á ser divisibles cuando, habiéndose cumplido la obligación en lo relativo á la parte que á hacer sujetaba, quedaba subsistente, sin embargo, la obligación en cuanto á dar; y entre las obligaciones que tienen por objeto la prestación de una cosa incorporal, vemos la servidumbre, que no puede menos de tener caracter indivisible, mientras que la obligación de hipotecar puede ser divisible. Pero hay más, aun cuando la obligación, conforme determina el Código de Holanda, es divisible ó indivisible según tiene por objeto una cosa ó un hecho que al tiempo de su entrega ó de su ejecución fuere ó no respectivamente susceptible de división material ó mental, esto no rechaza la idea de que una obligación sea indivisible aun cuando la cosa ó el hecho sobre que se constituya pueda, por su naturaleza, fraccionarse; cuando el concepto bajo el cual estén la cosa ó el hecho considerados, impida que lo paccionado sea susceptible de una parcial ejecución; de manera que para la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la cosa ó hecho objeto de la prestación y el punto de vista bajo el cual se constituye ó establece esa misma obligación, pues si por la sustanciabilidad y esencia de la relación jurídica establecida, el objeto ó prestación de la misma ó lo pactado no fuere susceptible de ejecución parcial, nunca

Digitized by Google

podría conceptuarse divisible la obligación: tal se deduce de la definición que hemos apuntado dan los Códigos del Uruguay y Holanda, de las obligaciones divisibles é indivisibles, iguales en su esencia á las que se leen en los arts. 1217 y 1218 de los Códigos de Francia y Bélgica, y en el art. 1202 del Código de Italia.

Mas el art. 1149 que comienza esta sección dando por supuesto el conocimiento de lo que en sí significan las obligaciones divisibles y las indivisibles, viene á determinar un principio, una regla de acción que aunque parezca á primera vista difícil, es en nuestro concepto sencilla, pues la tésis se reduce á sostener, que la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor, no cambia la naturaleza y efecto de las mismas; lo cual demuestra bien á las claras que el legislador conocia perfectamente que la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones dependia de la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas objeto de las mismas.

Precedentes encontramos, aunque no muy concretos en las leyes 2.ª y 4.ª, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto, y 80.ª, tit. 3.º, lib. 46 del mismo Digesto; habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1196 del Proyecto de Código de 1882 y en el art. 1072 del Proyecto de 1851.

Concuerda en parte, ó mejor, tiene cierta analogía, con los arts. 1217 al 1219 del Código de Francia, 1202 y 1203 del de Italia, 669 al 671 del de la República Argentina, 1527 al 1534 del de Chile, 1532 al 1534 del de Holanda, 1339 al 1346 del del Uruguay, 1462 al 1464 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1150. La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta á su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos á cumplir los suyos, no contribuirán á la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en que consistiere la obligación.

En este artículo se preceptúa que cuando la obligación indivisible fuese simplemente mancomunada el deudor de esta clase que estuviere dispuesto á cumplir su compromiso no debe responder más que de su parte proporcional al pago de aquella deuda, ó sea al precio de la cosa indivisible objeto de la obligación, ó de la prestación que ineludiblemente debia haberse cumplido por todos los obligados mancomunadamente, y al propio tiempo se determina que la resolución de dicha obligación indivisible se opera con la indemnización de daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta á su compromiso, siendo por consiguiente responsables del abono de tales daños y perjuicios, tan solo aquellos que no se hubieren manifestado dispuestos al pago de aquella obligación indivisible y que por consiguiente hubieran originado esa indemnización.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, párrafo 2.°; y 4.ª, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto; habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1167 del Proyecto de Código de 1882, sin que pueda citarse como antecedente de mayor ó menor analogía el art. 1175 del Proyecto de 1851, por cuanto, confundiéndose en él la mancomunidad con la verdadera solidaridad, se proponían preceptos diametralmente contrarios, se extendía la responsabilidad hasta los herederos de todo aquel que contrajo una obligación indivisible.

El Código francés al tratar de los efectos de la obligación indivisible en su art. 1222 previene que cada cual de los que hayan contraido conjuntamente una deuda indivisible estará obligado por el todo, aunque la obligación no haya sido contraida solidariamente; y en su art. 1223 extiende esta obligación á los herederos del obligado, de manera que vemos que precisamente estos preceptos fueron los que sirvieron de norma al Proyecto de 1851, pero hoy en nuestro sentir difiere bastante de aquéllos y de los mismos artículos del Código de Bélgica el texto del art. 1150 que de nuestro Código comentamos, é igual divergencia se nota en el art. 1206 del Código de Italia, pues también allí se dice que todo el que contragere conjuntamente un débito indivisible estará obligado al pago de la totalidad, aunque la obligación no se haya contraido *in solidum*; y trasmite tal compromiso á los herederos del obligado: mientras que en los artículos 1338 del Código del Uruguay, y en el 1334 del Código de Holanda se sienta el principio de que la solidaridad de una obligación, no le da el carácter de indivisible ni viceversa.

Toda esta antinomia que se ve entre los Códigos citados y el art. 1150 que de nuestro Código comentamos, tiene su origen en que el nuestro marca de una manera más expresiva que ningún otro las diferencias entre la simple mancomunidad y la verdadera solidaridad; ideas que aunque distintas en su esencia, vienen confundiéndose en varias legislaciones y dan motivo á que se preceptúe que cuando varios se obligan conjuntamente ó contraen una deuda indivisible se conceptúen obligados en la totalidad de su pago, aunque no haya sido contraida solidariamente. Así es, que si tres personas se comprometen con otras á construirles una casa, y uno de ellos imposibilita la construcción, habiéndose obligado mancomunadamente, resultará que con arreglo al artículo que comentamos, todos los mancomunados que no se opusieron al cumplimiento de aquella obligación indivisible no contribuirán á la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente al precio de la cosa, mientras que el que produjo la falta de cumplimiento debe responder de la indemnización de daños y perjuicios desde que la obligación dejó de cumplirse. Y si se atiende á lo que preceptúan los demás Códigos, sobre todo el francés, como quiera que la obligación conjunta é indivisible la supone solidaria, aunque solidariamente no se hubiere contraido, de aquí el que, con arreglo á aquel Código, el deudor mancomunado que causare el incumplimiento de la prestación deberá estar obligado al todo de la misma.

Digitized by Google

Art. 1151. Para los efectos de los artículos que preceden, se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, ú otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad ó indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.

Viene este artículo á determinar lo que entenderse debe por obligaciones indivisibles para los efectos de los anteriores artículos, y lo que conceptuarse puede obligación divisible para los mismos efectos; en lo cual conforme está con los principios que informan los arts. 1218 de los Códigos de Francia y Bélgica y el 1202 del Código de Italia principalmente; pues realmente en éste, como en aquellos Códigos, son indivisibles las obligaciones cuando tienen por objeto cosas ó hechos que no son susceptibles de división; y las que tengan por objeto cosas ó hechos que, aunque por su naturaleza sean divisibles, dejen de serlo, teniendo en cuenta el modo cómo las consideran las partes contratantes, ó sean las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no fueren susceptibles de cumplimiento parcial. Pudiendo conceptuarse divisible la obligación que tenga por objeto una prestación de servicios, se han de efectuar en diferentes días de trabajo, si consiste en la ejecución de obras por unidades métricas, ó en otras cosas que por su naturaleza misma son susceptibles de parcial cumplimiento. Y aunque entre los romanos pasaban por indivisibles las obligaciones de no hacer, porque una negación difícil, sino imposible, es dividirla, nuestro Código, en el último apartado del artículo que comentamos, previene que su divisibilidad ó indivisibilidad se desprenderá en cada caso del carácter de la prestación establecida.

Precedentes más ó ménos análogos encontramos en las Leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª y 85, tit. 1.º; 41 y 45, tit. 35 del lib. 45 del Digesto; y en el art. 1072 del Proyecto de Código se ve alguna relación, como en los Códigos extranjeros antes indicados, mientras que el Proyecto de 1882, en su art. 1168, propuso idénticos preceptos que el art. 1151 que de nuestro Código nos ocupa.

Digitized by Google

SECCIÓN SEXTA.

DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.

Art. 1152. En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá á la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Solo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme á las disposiciones del presente Código.

Trata esta sección sexta de las obligaciones con cláusula penal, que no deben confundirse en manera alguna con las condicionales; y, sin remontarnos á la antigua época en que todos los contratos se veian constituidos con una penalidad especial llamada *cláusula quarentigia*, que pagaba el incumplimentado al Fisco en la tercera parte del importe de la obligación, penalidad que desapareció en virtud de la ley 19, tit. 31. lib. 10 de la Nov. Recop., hemos de expresar si, que hoy se sostienen ciertas cláusulas penales impuestas expresamente por las partes, que tienen verdadero carácter de obligaciones accesorias subdiarias, dentro de las obligaciones principales, que son el objeto esencial de la convención; obligaciones en las que el obligado se sujeta á una penalidad determinada en el pacto para el caso de incumplimiento.

Sin definir nuestro Código esas obligaciones, porque realmente huye de toda definición, sienta el principio, natural y lógico, de que en ellas la pena sustituye toda indemnización de daños y abono de intereses, caso de incumplimiento, de no pactarse otra cosa en contrario, porque realmente esa indemnización no debe presumirse subsistente allá donde una pena se señala para castigar el incumplimiento, pena que, lógicamente pensando, ha de elevarse á algo más que aquello que ordinariamente suben las responsabilidades fijadas por la ley ó sea la indemnización del daño y el abono de intereses; y pena que realmente no han de poder exigir más que cuando con arreglo á este Código pueda exigirse: mas siendo su exacción contraria á la ley, podria darse el caso de que, convertida ya la obligación en pura y ordinaria, subsistiese la indemnización de perjuicios caso de incumplimiento.

Precedentes encontramos en las leyes 71 y 137, párrafo 7.°, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto, en donde se define lo que es obligación con cláusula penal, como se hace también en los párrafos 18 y 20, tit. 20, lib. 3.° de las Instituciones, y en la ley 34, tit 11, Part. 5.ª, en cuyas disposiciones calcado está lo propuesto en el art. 1079 del proyecto de Código de 1851, como se ve en la ley 15, tit. 32, libro 4.° del Código Romano, en la ley 40, tit. 11, Part. 1.ª, en las leyes 2.ª, párrafo

Digitized by Google

2.°; 137, párrafos 4.° y 5.°, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto, y en la Ley 37, tit. 5.°, Partida 5.ª; y algo parecido al art. 1152 que de nuestro Código comentamos se ve en el art. 1079, segundo apartado del 1081, y 1082 del Proyecto de Código de 1851; pues aunque en el primero se determina lo que es la obligación con cláusula penal, en el segundo se dice que la cláusula penal es la compensación de los daños é intereses causados por falta de cumplimiento de la obligación, y en el tercero se previene que el cumplimiento de la cláusula penal sólo puede exigirse en los casos y cuando concurran las circunstancias en que, no existiendo la cláusula, se podrian reclamar daños é intereses, lo cual confirma perfectamente cuanto dejamos expuesto.

La cláusula penal tiene por objeto asegurar la ejecución del contrato, ó sea la obligación principal; y es por consiguiente una estipulación accesoria de aquélla: exigirse puede cuando sea factible, y aunque puede hacerse efectiva en los casos en que cupiese sin ella, la indemnización de daños y perjuicios, habrá casos en que siendo imposible el cumplimiento de la cláusula penal, podrá exigirse aquella indemnización.

Tan parecido encontramos el precepto propuesto en el art. 1169 del Proyecto de 1882, que si éste contuviera la frase última del primer apartado del artículo 1152 que de nuestro Código comentamos, serian idénticos.

Concuerda con los artículos 1212 del Código de Italia, 1229 del de Bélgica, 652 del de la República Argentina, 1229 del de Francia, 1328 del del Uruguay, 1343 del de Holanda, 179 y 180 del de Suiza, 1535 del de Chile, y otros.

Art. 1153. El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

Desde el momento que se ha sentado que las obligaciones con cláusula penal, son realmente un conjunto de dos obligaciones en una, la principal, y la accesoria, se deduce fácilmente que el deudor no puede eximirse del cumplimiento de la obligación principal por el hecho de pagar la multa, pues son dos obligaciones que necesariamente han de cumplirse si llega el plazo, ó se realiza la condición de que depende la principal, y ésta no se cumple; salvo el caso de haberse pactado lo contrario. Y también es evidente que el acreedor no puede exigir conjuntamente la una y la otra, porque como la una depende de la otra, sin que se tenga seguridad del incumplimiento de la principal no puede exigirse la accesoria.

Digitized by Google

Precedentes encontramos, ó mejor dicho, cierta relación con el precepto que comentamos en las leyes 28.ª. tit. 1.º, lib. 19; 115.ª y 122.ª, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto; 40.ª, tit. 4.º, lib. 2.º del Código Romano; 34.ª, tit. 11, Part. 5.ª y artículo 56 del vigente Código de comercio; y no deja de relacionarse algún tanto con el art. 1110 de este mismo Código; proponiéndose preceptos análogos en los arts. 1081 del Proyecto de 1851, y en el 1170 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1211 del Código de Italia, 1228 del de Francia, 676 del de Portugal, 1228 del de Bélgica. 1327 del del Uruguay, 1342 del de Holanda, 1537 del de Chile, 2120 del de la Luisiana, 916 del de Vaud, 1226 del de Bolivia, 658 y 659 del de la República Argentina y otros.

Art. 1154. El Juez modificará equitativamente la pena, cuando la obligación principal hubiera sido en parte ó irregularmente cumplida por el deudor.

Teoría es la sentada por el artículo que acabamos de consignar, que no está universalmente aceptada; pues mientras en unos países como Uruguay y Chile, la pena se paga á prorrata por lo no ejecutado, cuando la obligación principal se haya cumplido en parte (art. 1331 y 1539 respectivamente de los Códigos de Uruguay y Chile); en la mayoría de los Códigos se establece lo que nuestro Código prescribe, es decir, que se deja al discrepcional arbítrio judicial esa modificación de la pena. Así se ve en Francia, Italia, Holanda, Bélgica y otras importantes naciones, en cuyos Códigos se previene que la pena podrá modificarse por el Juez, cuando la obligación principal haya sido ejecutada en parte. *Quod omne ad judicis cognitionem remittendum.*

Precedentes encontramos en las leyes 35.ª, párrafo 2.º, tit. 1.º, lib. 45; 9.ª, tit. 11.º, lib. 2.º; y 18.ª, tit. 8.º, lib. 46 del Digesto; habiéndose propuesto preceptos casi idénticos en los arts. 1085 del Proyecto de 1851, y 1171 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1214 del Código de Italia, 1231 del de Francia, 660 del de la República Argentina, 1231 del de Bélgica, 1345 del de Holanda, 1184 del de Nápoles, 1321 del Sardo, 2124 del de la Luisiana, 919 del de Vaud, y otros.

Art. 1155. La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

Siendo evidente que lo accesorio sigue á lo principal, y no esto á aquello, queda justificada la razón de ser de las dos determinaciones consignadas en este artículo; así es que basta su simple enunciación para comprenderlo.

Digitized by Google

Idénticos principios se sustentaron ante el derecho romano, lo mismo en el Digesto, que en las Instituciones: *Cum principalis causa non consistit ne ea quidem, quæ sequuntur, locusti*; ley 129.ª, párrafo 1.° y ley 178.ª de *regulis juris*; é igual identidad vemos en los arts 1080 del Proyecto de Código de 1851, y 1172 del Proyecto de 1882.

Los precedentes más importantes del Digesto que antes hemos aludido, y cuyos textos no copiamos por no hacer difuso este trabajo, son los de las leyes 97.ª y 120.ª, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto, en relación con las 61.ª y 69.ª del mismo título y libro que tratan de la pena impuesta en obligación nula, por ser torpe é imposible.

En relación está el artículo que comentamos, con los arts. 1190, 1207 y algún tanto con los arts. 1300 y 1301 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 1325 del Código de Uruguay, 1341 del de Holanda, 1210 del de Italia, 1227 del de Francia. 669 del de la República Argentina, 673 del de Portugal, 1536 del de Chile, 1180 del de Nápoles, 2115 y 2119 del de la Luisiania, 915 del de Vaud, 1317 del Sardo, 1593 del de Colombia, y otros.

CAPITULO IV.

De la extinción de las obligaciones.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1156. Las obligaciones se extinguen:
Por el pago ó cumplimiento.
Por la pérdida de la cosa debida.
Por la condonación de la deuda.
Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.
Por la compensación.
Por la novación.

La razón del método aconseja que, después de haber tratado de la constitución ó establecimiento de las obligaciones, de sus clases diversas y de sus efectos, se estudie la estinción de la misma.

Y se nos preguntará por algunos, que es la extinción, á lo cuál, aun que ningún hombre de ley ignora hasta donde alcanza la acepción técnica de la

Digitized by Google

palabra extinguir obligaciónes, diremos que es la antítesis de la creación, que es la resolución del vinculo, que es la terminación de aquella relación jurídica que se estableció entre dos personas para dar ó hacer alguna cosa, para realizar una prestación, para no hacer lo que, por la conjunción de voliciones que entablaron aquella relación se estipuló. Por ello se extingue una obligación cuando se rompe el lazo jurídico que á dos personas unia, constituyendo al obligado en deudor y al obligante en acreedor. Pero ésta cesación del vinculo, ésta terminación de la relación jurídica, puede tener lugar de diferentes maneras, como su creación debida pudo ser á diversos causales; por esto el artículo 1156 de nuestro Código viene á determinar seis modos de extinción, que algunos publicistas conceptúan únicos, mientras que otros observan la falta de varios otros, como la transacción, el compromiso, la rescisión y la prescripción; omisiones que, dada la altura á que se encuentra la Comisión de Códigos, y la sabiduría y buen juicio de todos y cada uno de los que la forman, no debemos achacar á olvido, sino que debemos suponerla intencional, por cuanto la transacción la considerarán muchos envuelta en la novación, como el compromiso, y hasta la rescisión, y la prescripción son considerados como verdaderos modos de adquirir, más que como medios de extinguir una obligación; y si bajo este último aspecto se conceptuase la transacción, comprendida podria creerse bajo la condonación tácita de la deuda.

Lo cierto es que las palabras *sólvere* y *solutio* dicen tanto como la mejor definición de extinción de obligaciones; y son tan significativas, como las palabras *nexus*, *vinculum juris*, *obligatio contracta*, para determinar toda constitución de las obligaciones.

Y en cuanto á todos y cada uno de los modos de extinguir las obligaciones que se consignan en el art. 1156 que nos ocupa, nada hemos de decir en general, puesto que particularmente cada uno ha de ser objeto de nuestro estudio; si bien siguiendo en esto á los romanistas, hemos de hacer presente que entre los modos de extinguir las obligaciones, hay unos puramente legales, que *ipso facto* terminan la relación jurídica creada; y otros que solo la cortan á instancia de parte, ó sea *exceptionis ope*; encontrándose entre los primeros la pérdida de la cosa, la confusión, el mútuo designamiento, la novación y el pago; mientras que la restitución *in integrum*, la prescripción, el pacto de no pedir, la condonación y la compensación, son verdaderas escepciones perentorias que sólo el que con ellas queda beneficiado puede hacer valer.

Precedentes encontramos en varias disposiciones de los tits. 2.° y 3.°, lib. 46; leyes 4.ª, 6.ª y 7.ª, tit. 2.°, lib. 42 del Digesto; párrafo 4.°, tit. 30, lib. 3.° de las Instituciones; 35, 100 y 153 de *regulis jure*; ley 3.ª, tit. 15, Part. 5.ª, y otras varias disposiciones del derecho romano y de nuestro antiguo derecho.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1086, proponia una mayor extensión á los modos de extinguir las obligaciones, pues además de fijar en primer

Digitized by Google

término el mútuo consentimiento de las partes contrayentes, ó sea el mútuo desestimiento, *contraria voluntas*, y de los que anuncia nuestro Código en el art. 1156 que comentamos, consigna *la cesión de bienes*, *la rescición y la prescripción*; mientras que el art. 1173 del Proyecto de 1882, parece copiado exactamente en el que al presente nos ocupa.

En relación, más ó ménos directa está el artículo que comentamos, con los arts. 1110, 1157, 1182, 1184, 1187, 1190, 1192 al 1195, 1202, 1204, 1207 al 1212, 1809, 1820, 1847 al 1850 de este mismo Código, con el art. 144 de la Ley hipotecaria de la Península, 111 del Reglamento para su ejecución, 158 de la de Cuba, y 152 de la de Puerto Rico y de la de Filipinas; sin que dejen de tenerla los arts. 542 al 544 y 1464 de la de Enjuiciamiento Civil.

Concuerda con los arts. 1236 del Código de Italia, en el que se comprenden también como causas de extinción, *la anulación y la rescisión*, *la condición resolutoria*, *y la prescripción*; 1234 del de Francia, idéntico en su esencia al de Italia; 1417, (y no 1372, como suponen algunos publicistas,) incluyéndose allí, además de los designados por nuestro Código, como modos de extinguir las obligaciones, *la oferta real* seguida de depósito, *la nulidad* ó *la rescisión*, *la condición resolutoria*, y *la prescripción*; el 1234 del de Bélgica, que es igual al de Francia; 2298 del de Guatemala, que entraña todos los nuestros más el mútuo disenso, la oblación y consignación; el 1408 del del Uruguay, (y no el 148, citado por algunos, que trata el divorcio,) entre cuyos modos de extinguirse las obligaciónes vemos: 1.° la paga.—2.° la compensación.—3.° la remisión.—4.° la novación.—5.° la confusión.—6.° la imposibilidad del pago.—7.° la anulación ó declaración de nulidad.—8.° la escepción que resulta de la prescripción, y 9.° el efecto de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo resolutorio. Vemos también concordancias en los arts. 724 del Código de la República Argentina, 1230 del de Bolivia, 1567 del de Chile, 2125 del de la Luisiana, y otros; observándose en el primero, ó sea en el Argentino, que marca ocho modos de extinción, entre los cuales, además de los seis de nuestro Código, figuran la renuncia de los derechos del acreedor, y la imposibilidad del pago. Los Códigos de México, Campeche, Baja California, aun que no exponen bajo un sólo artículo los modos de extinguirse las obligaciónes, los tratan separadamente, los dos primeros en sus respectivos tits. 4.°, que son idénticos, del lib. 3.°, dedicando el primer capítulo al *pago* el 2.° á las personas que pueden hacer el pago, y á quién debe ser hecho; el 3.° al ofrecimiento de pago y consignación; el 4.° á la compensación; el 5.° á la subrogación; el 6.° á la confusión de derechos; el 7.° á la novación; el 8.° á la cesión de acciones; el 9.° á la remisión de la deuda, y el 10.° á la prescripción de acciones. De modo, qúe desde el art. 1628 al 1769 de dichos dos Códigos, está comprendido cuanto á extinción de obligaciones se refiere; tratando aparte, en el tit. 5.°, lo relativo á la rescisión y nulidad de las obligaciones.

Digitized by Google

Y de igual manera trata de la extinción de las obligaciones el Código de la Baja California, antes indicado, en su tit. 4.°, (art. 1514 al 1655). En cambio el Código de Veracruz-Llave, en su art. 1476, previene que las obligaciones se extinguen por el mútuo consentimiento de las partes contrayentes; por la muerte del obligado, cuando son tan personalísimas que no pasan á los herederos; ó por la de aquel en cuyo favor se constituyeron, cuando su derecho es personalísimo de igual manera; y luego el art. 1477 prescribe, que también se extinguen las obligaciones: por el pago ó cumplimiento de ellas, por delegación ó subrogación, por compensación, por novación, por quita ó remisión, por cesión de bienes, por confusión, por pérdida de la cosa debida, por rescisión, y por prescripción. De modo que vemos que no todos los Códigos modernos son igualmente extensos en señalar causas de extinción de las obligaciones, y que algunos americanos no incluyen entre ellas la rescisión y la nulidad, porque están con carácter más distinto del que debe dominar en la verdadera extinción, que no cabe sobre todo en la nulidad, porque la obligación que fué nula nunca podrá surtir sus efectos como válidos, por consiguiente no cabe pueda extinguirse, pues no se apaga ni muere la vida del que no vivió.

Mas, preciso es confesar que ni el derecho antiguo ni el moderno han podido prefijar todas las causas de extinción de las obligaciones, porque muchas veces dependen de las circunstancias varias en que los contrayentes se encuentran; de circunstancias especiales no previstas por los contrayentes; de circunstancias cuya existencia en el momento de constituirse la obligación hubieran impedido su establecimiento. Así es que la muerte del deudor y del acreedor no extingue generalmente cierta clase de obligaciones, porque el que contrata lo hace para sí y para sus herederos; pero en cambio, hay obligaciones personalísimas, como la prestación de servicios, todas las que nazcan del mandato, que se extinguen con la muerte del obligado; contratos en los que la muerte de los contratantes es causa que determina la extinción de la obligación como las que nacen del derecho de renta vitalicia, del usufructo, el uso, la habitación, contrato de sociedad, etc. Según las leyes de los títulos 13, 14 y 15 de la Part. 5.ª, extinguíanse las obligaciones en virtud del pago y quitamiento, compensación y cesión de bienes, ofrecimiento de pago y consignación, subrogación, novación, quita ó perdón de la deuda, pérdida de la cosa; mientras que la ley 8.ª, tit. 6.°, Part. 6.ª, se limitaba á tratar de la confusión, y las leyes del tit. 5.°, Part. 5.ª, trataban de la rescisión. Hemos dicho ya que el derecho romano reconocía por causa de extinción de obligaciones el pago, la novación, la oferta y la consignación, la prescripción, la restitución *in integrum* y la rescisión; que son precisamente las mismas que se conservan en la legislación catalana. Aragón, en cambio, reconoce como medios de extinción de las obligaciones del pago ó solución, la cesión de bienes, la compensación, la remisión, la novación, la confusión, la extinción de la cosa, el mutuo disenso,

Digitized by Google

la rescisión, la condición resolutoria y la prescripción; de cuyos modos nos ocuparemos al tratar esta materia ante el derecho foral.

SECCIÓN PRIMERA.

DEL PAGO.

Art. 1157. No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa ó hecho la prestación en que la obligación consistía.

No hemos de elevarnos en consideraciones al comienzo de esta sección primera dedicada á tratar de uno de los más naturales modos de extinguir las obligaciones, el pago; pues nadie ignora lo que su palabra significa gramaticalmente.

Juridicamente, pago es la entrega de la cantidad ó de la cosa que se debe, la prestación del servicio objeto de la obligación para unos y el cumplimiento de lo que se debe para otros; la prestación natural y real de lo que uno debe dar ó hacer para otros; la solvencia para otros: *naturalis præstatio ejus quod debitus*, se dice al principio del tit. 30, lib. 3.° de las Instituciones de Justiniano; *satisfactio pro solutione est*, espresa el Digesto; y mil variadas acepciones de la palabra pago pudiéramos transcribir aqui de las Partidas, y de diversos Códigos modernos, pero no nos hemos propuesto tal cosa, ni nuestro ánimo es tampoco el exponer en un artículo doctrinal quién puede pagar, á quién debe hacerse el pago, forma ó manera en que debe hacerse el pago, tiempo de su realización, lugar del pago y efectos que el mismo debe producir, puesto que expuestos quedan con claridad admirable en el Código, y, al comentar cada uno de sus artículos, haremos tal labor separadamente, siguiendo el plazo que nos hemos trazado, y no desviándonos del artículo de la obra objeto de nuestro estudio.

Dijimos ya, que el Código va huyendo de definiciones, porque realmente, no es este el trabajo del legislador, pero determina la extensión del pago, como anteriormente determinó la de las obligaciones, y la de cuanto en sí mismo comprende de una manera técnica y precisa, haciéndolas por lo general de fácil comprensión.

No se entenderá pagada una deuda, dice en primer lugar al tratar del pago, sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa ó hecho la prestación objeto de la obligación. Y tal precepto consignado en el art. 1157 de este Código es de buen sentido, á la par que es de trascendencia suma, por que sin él se suscitaria quizá maliciosamente la duda de si, comenzado el pago, cesaba toda

Digitized by Google

acción en el acreedor ó se suspendia un procedimiento comenzado, ó se admitia una excepción dilatoria. Con este artículo, que parece una verdad axiomática, mata el legislador todo subterfugio, todo pretexto, toda sofística habilidad que pretenda emplearse contra una acción ejecutiva ú ordinaria ejercitada debidamente por el acreedor.

No es nuevo en la esencia tal precepto, aunque no se expresase con las mismas palabras ni con tanta claridad; pero el Digesto y las Partidas venian á significar lo mismo: así es que podemos señalar como precedentes la ley 52, tit. 3.°, lib. 46 del Digesto; el proemio del tit. 30, lib. 3.° de la Instituta; la ley 2.ª, tit. 14, Part. 5.ª, y la ley 176, Digesto, *De Verb. signif.*.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1087, significaba un precepto análogo, como el art. 1174 del Proyecto de 1882.

Concordancias encontramos en los arts. 725 del Código de la República Argentina, 1235 del de Francia, 1237 del de Italia, 1235 del de Bélgica, 1409 del del Uruguay, 2300 del de Guatemala, 2127 y 2128 del de la Luisiana, 1568 del de Chile, 1478 del de Veracruz-Llave, 1628 del de México, 1514 del de la Baja California, 1628 del de Campeche, 1626 del de Colombia, 129 del de Suiza, 1415 del de Austria, y otros; debiendo observarse que todos, menos el de Francia, Italia y Bélgica, definen el pago como le definia el primer Proyecto de nuestro Código, ó de manera análoga; y estos tres últimos Códigos parecen conformes en la exposición de sus preceptos, pues determina que todo pago presupone una deuda; que lo que se haya pagado sin ser debido podrá reclamarse, ó estará sujeto á reintegro; y que no será admisible la reclamación respecto de las obligaciones naturales que se hayan satisfecho voluntariamente.

Art. 1158. Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga ó no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, ó ya lo ignore el deudor.

El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, á no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago.

Viene á resolverse en este artículo una de las dudas que pueden suscitarse en la práctica, es la de quien puede hacer el pago, materia tratada con la mayor estensión en los Códigos de México, Campeche y Baja California entre otros, y que en nuestro concepto es de importancia suma, porque puede dar lugar á abusos insostenibles y de gran trascendencia, encontrando solución cumplida en nuestro Código en el que con una energía inimitable y con la mas apetecible claridad, se sientan principios, de cuya observancia fiel, ha de

Digitized by Google

evitar litigios y ha de servir de norma al deslinde de derechos y obligaciones que nacer pudieran de esa otra relación jurídica que necesariamente ha de constituirse entre la persona que pagó por otra una deuda y el que realmente venia obligado á su pago; pues evidente es que, según los términos en que ese tercero concurra al pago ó solvencia de la obligación por otro contraida, vendría ó no á establecerse nuevos vinculos jurídicos. Asi se comprende bien que cualquiera persona, tenga ó no interés en el cumplimiento de la obligación, pueda hacer el pago por el obligado, ya éste lo conozca y conociéndolo lo apruebe ó lo rechace, ya lo ignore, pues natural es que, si el deudor tiene conocimiento de que por él se paga la deuda, contraiga un nuevo vinculo con el pagador, al extinguir el anterior que por dicho pago queda terminado; pero este mismo conocimiento puede variar en tal manera que haga muy distinta la nueva relación jurídica, porque si realmente no solo hay el conocimiento, sino el ruego y el compromiso de que por uno se pague la deuda del tercero, ha de crearse esa nueva relación jurídica con vinculos mas especiales, que allí donde la espontaneidad y la simple amistad fué la causa de esa tácita sustitución, y ha de estarse á lo estipulado, mientras que, cuando el pago se hace por un tercero sin mas que por el conocimiento que el pagador tiene de la mala situaciónde su amigo el obligado, la relación moral será entrañable y grande, la relación de derecho no puede obligar mas que al reintegro de lo que por el deudor se pagó; y si, teniendo conocimiento del pago, el deudor lo rechaza una vez hecho por la insistencia de esa tercera persona, no puede conceptuarse igualmente ligado en una nueva relacion jurídica el deudor, pues habiendo hecho otro el pago contra su espresa voluntad, el pagador no podrá repetir contra el deudor mas que aquello en que dicho pago le hubiera sido útil.

Precedentes encontramos en las leyes 53.ª, tit. 3.º, lib. 46; 6.ª, párrafos 2.º y 4.º, tit. 1.º, lib. 17 del Digesto; la 24.ª, tit. 19, lib. 2.º del Código Romano; leyes 3.ª, tit. 14, y 12.ª, tit. 12, Part. 5.ª; encontrándose preceptos análogos en lo que propusieron los Proyectos de 1851 y 1882 en sus respectivos arts. 1099 y 1175; si bien el primer Proyecto prevenia que el pagador tiene derecho á repetir contra el deudor, aun cuando el pago se hiciese ignorándolo éste, pero no cuando se hiciera contra la voluntad del deudor.

Concuerda con los arts. 1236 del Código de Francia, 1238 del de Italia, 1136 del de Bélgica; en cuyos tres Códigos se ve que la obligación, no solo puede cumplirse por cualquier persona que esté interesada en ella como el mismo obligado ó su fiador, sino por un tercero que ningún interés tuviere en su cumplimiento, si obra en nombre del deudor, ó si, obrando en el suyo propio, no se subroga en los derechos del acreedor; lo cual quiere decir bien claramente, que, cuando ese tercer pagador satisface la deuda sin contar con el obligado, no puede aspirar á sostener los derechos del acreedor por virtud de ese pago hecho espontáneamente á su propio nombre. También concuerda con los ar-

Digitized by Google

ticulos 1418 del de Holanda, 747 del de Portugal, 2130 del de la Luisiana, 1422 y 1423 del de Austria, 922 del de Vaud, 1234 del de Bolivia, 2301 del de Guatemala, 1572 del de Chile, 1412 del del Uruguay, 1189 del de Nápoles, 1326 del Sardo, 149 del de Veracruz-Llave, 727 y 728 del de la República Argentina, 1643 al 1649 del de México, 1529 al 1535 del de la Baja California, 1643 al 1649 del de Campeche, 1630 del de Colombia, 77 del de Suiza, 1422 del de Austria y otros; debiendo hacer presente que en los Códigos de México, Baja California y Campeche, cuando el pago por un tercero se hace con consentimiento del deudor se presupone la existencia de un mandato, y por consiguiente nace otra relación jurídica entre el pagador y el obligado en virtud de que aquél puede ejercitar contra éste la acción de mandato, mientras que, cuando se hace el pago ignorándolo el deudor, solo puede ejercitar el pagador la acción *negotiorum gestorum*, y si el pago se hubiese hecho antes del vencimiento, el pagador solo tendrá derecho á ser reembolsado desde el dia del vencimiento.

La última parte del artículo que comentamos en pocos Códigos se ve consignada; por el contrario, la mayoría de ellos, como la Ley 11, tit. 20, lib. 3.° de Fuero real, sostenian que nada puede pedir el pagador que cumple la obligación contra la voluntad expresa del obligado, porque debe suponerse una verdadera donación hecha por el pagador al deudor; pero este artículo viene á modificar esta tesis legal determinando en la esencia lo mismo que el art. 728 del Código de la República Argentina, fundándose indudablemente en que, habiendo sido útil el pago al deudor, aún contra su voluntad, se enriqueceria con lo ajeno, si el pagador no pudiera cobrarle ni aún aquello que le ha sido útil; pero además hay otra razon y es la de que la donación supone el concurso de dos voluntades, una que dona y otra que acepta, y como jamás ha de presumirse contra la voluntad del donatario, de aquí el que tal pago pueda suponérsele donación. Así lo entienden Márcade y Mourlon, á quienes conviene estudiar sobre esta materia, como á Toullier, Freitas, Zachariæ y Goyena. Y así como acerca del completo pago podriamos citar varias sentencias del Tribunal de Casación de Francia, entre otras, las de 30 de Julio de 1844, 14 de Agosto de 1845, 3 de Enero de 1849 y 28 de Mayo de 1856; acerca del pago de las obligaciones se han dictado por el Tribunal Supremo de Justicia de nuestra nación infinidad de sentencias, entre ellas, las de 8 Marzo y 13 Abril de 1861, 30 Mayo y 27 Octubre de 1862, 13 Mayo y 9 Diciembre de 1865, 22 Febrero, 7 y 27 Abril y 29 Noviembre de 1866, 25 Mayo de 1869, 26 Abril, 3 Mayo, 26 Setiembre, 19 Noviembre y 13 Diciembre de 1870, 14 Enero de 1871, 1.° Febrero de 1872, 8 Mayo de 1873, 9 Marzo, 2 Julio, 6 Octubre, 26 Noviembre y 5 Diciembre de 1874, 23 Febrero y 27 Noviembre de 1875, 24 Enero de 1876, etc., etc., etc.; pero en ninguna se impone la voluntad de una persona ajena á las que establecieron la relación jurídica, contra la voluntad de una de las partes, porque esto podria dar lugar á muchos abusos, atentatorios siempre contra la libertad individual, contra la libertad de la propiedad y contra la naturaleza de las obligaciones.

Digitized by Google

Art. 1159. El que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor á subrogarle en sus derechos.

Se comprende bien que el que pague á nombre del deudor, ignorándolo éste, no pueda compeler al acreedor á subrogarle en sus derechos, porque para la subrogación en una obligación bilateral, necesario es que haya cesión de acciones, conocimiento y consentimiento de las partes, pues realmente habria con tal subrogación una especie de novación de contrato, que sin la voluntad de las partes todas no puede tener lugar.

Precedentes verdaderos no encontramos en nuestras leyes, por más que la ley 53.ª, tit. 3.º, lib. 45 del Digesto, y la ley 3.ª, tit. 14, Part. 5.ª algo diga sobre el particular, y aun cuando el art. 1176 del Proyecto de 1882 propuso preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 779 del Código de Portugal, 1412 del del Uruguay que es casi idéntico al nuestro, 1513 del de Chile, 1631 del de Colombia; teniendo alguna relación con otros varios preceptos de diferentes Códigos extranjeros, pero sin verdadera concordancia, pues la mayor parte de los citados como tales por algunos publicistas, se refieren, á que el acreedor no puede ser compelido á recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contrario, ó si por aquella prestación se le irroga perjuicio, ó á que puede hacer cualquiera el pago por otro, ya á nombre propio, ya á nombre del obligado, pero sin obligarse el acreedor á subrogar en su lugar á quien hiciere el pago.

Art. 1160. En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero ó cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiere gastado ó comunicado de buena fe.

La primera parte de este artículo es de buen sentido; y como tal, está admitido por todas las legislaciones antiguas y modernas el principio jurídico que encierra; pues al satisfacer las obligaciones de dar, se transfiere al acreedor la cosa que fué objeto de la prestación; y como el dominio de un objeto de derecho nadie puede transferirlo más que su dueño, de aquí el que no quepa réplica alguna contra el precepto en que se determina que en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad bastante para enejenarla.

Digitized by Google

En cuanto al segundo período de dicho artículo, que sienta, por decirlo así, la escepción á la regla general anteriormente establecida, ya no hay tanta conformidad entre los diversos tratadistas del derecho; pero esta disconformidad se funda en supuestos equívocos, puesto que se supone por algún publicista, que se declaran válidas en nuestro Código enajenaciones hechas por quien carecia de facultad para efectuarlas, y contradiciendo principios inconcusos de derecho, fia la validez de esas enajenaciones á la circunstancia interna de la buena fe; más si se lee bien este artículo 1160 de nuestro Código, no se encuentra en él expresión alguna que implique autorización ni confirmación de enajenaciones hechas contra ley; lo que únicamente se preceptúa, es, que, si el pago hecho por quien no pudiere realizarlo, consistiere en cosas fungibles que el acreedor hubiere consumido de buena fe, no podrá repetirse contra dicho acreedor; y esto es natural, porque las cosas destruidas ó desaparecidas, difícil ó imposible es reivindicarlas, pues el hecho consumado por el que se *gastaron*, no es posible deshacerlo, porque la buena fe, por más que sea circunstancia interna, se deduce de los actos de un acreedor que no precipita la desaparicion de la cosa fungible que le fué entregada, sino que observa, respecto de la misma, su habitual manera de ser; y porque, la transferencia se hizo de buena fe, no por la obligación principal, sino por la tradición inculpable para el que recibe lo que se le adeuda, sin conocer si el que le pagó podia ó no realizarlo.

Precedentes encontramos en las leyes del Digesto, pues especialmente de la ley 14.ª, párrafo 8.°, tít. 3.°, lib. 46, se deduce, que, cuando el que paga no es propietario de la cosa, y ésta es inmueble, puede ser reivindicada por el verdadero propietario; pero si éste no ejercita la repetición de la cosa, el deudor que los entregó no podrá verificarlo, por el principio *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*: mas si se tratase de un mueble que no fuese perdido ni robado, el acreedor que lo ha recibido de buena fe no puede ser inquietado: si el mueble hubiese sido perdido ó robado, podrá ser repetido por el dueño, pero no por el que lo ha pagado: si el acreedor lo hubiese consumido de buena fe no hay recurso contra él: cuando el deudor propietario de la cosa dada en pago no tenia capacidad para enagenarla, la nulidad del pago no puede ser demandada sino por los representantes del incapaz, y no por el acreedor que la hubiese recibido, pues que solo á favor de los incapaces se han establecido los beneficios de la incapacidad: viéndose análogos precedentes en las leyes 14, párrafo 8.°, tít. 3.°, lib. 14; 13.ª, tít. 1.°, lib. 13 del Digesto; párrafo 3.°, tít. 8.°, lib. 2.° de las Instituciones de Justiniano, y leyes 54, 160, 175 y 177 del Digesto *De Regulus juris;* proponiendo preceptos análogos tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1098, como en el art. 1177 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1240 del Código de Italia, 1238 de Bélgica, 1238 del

Digitized by Google

de Francia; 2303 y 2304 del de Guatemala; 1420 del de Holanda; 1575 del de Chile, 914 del de Vaud, 2134 del de la Luisiana, 738 del de la República Argentina que es sustancialmente igual al nuestro; 1236 del de Bolivia, 1410 del del Uruguay, 1612 del de México, 1528 del de la Baja California, 1642 del de Campeche y otros, debiendo hacer presente que los de Francia, Bélgica y Holanda son esencialmente iguales entre sí; y que en el de Italia, el más parecido á éste, se preceptúa que el pago que tenga por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada á poder del acreedor, no será válido sino está hecho por el propietario de la cosa y éste puede enajenarlas; y que no se puede reclamar el pago de una cosa que se consuma con el uso, contra el acreedor que la haya consumido de buena fe, aun cuando el pago se haya hecho por quien no sea propietario ó carezca de capacidad para enajenarla.

No faltan tratadistas de Derecho, entre ellos Dalloz, que al ocuparse de esta materia, distingue perfectamente cuando se trata de la dación de una cosa determinada en su individualidad, si el pago se ha hecho por el deudor y éste ha entregado el mismo objeto cierto objeto de la obligación; de la dación ó otra cosa análoga ó del pago de una cantidad; pues en el primer caso se verifica la transmisión de la propiedad por efecto de la obligación misma, y entonces no tiene aplicación el precepto que nos ocupa; pero cuando la cosa entregada no está en esas condiciones, deberá aplicarse el artículo que comentamos, porque en tal caso no existe ya la transmisión de la propiedad por el solo efecto de la obligación. Así es que, cuando se trata de cosas únicamente determinadas por su especie ó debidas alternativamente, la transmisión de la propiedad no se realiza más que por la entrega, constituyendo el pago una verdadera enajenación; si el pago se ha hecho por un tercero, aun que este no esté interesado en el contrato, la traslación de la propiedad se efectúa en virtud de dicho pago, y no por efecto de la obligación contraida por el deudor; y si un deudor da en pago al acreedor una cosa distinta de la que era objeto del contrato, el *pago datio in solitum*, la dación en pago es la verdadera causa de transmisión: cuyos principios imperan especialmente en la escuela francesa, y con arreglo á ellos el Tribunal de Casación de aquel país ha dictado diferentes fallos.

Art. 1161. En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido á recibir la prestación ó el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación.

Es también de buen sentido el precepto que acaba de consignarse, por que la simple razón natural demuestra que si uno encarga un cuadro á Ferrán, no ha de verse satisfecho con el trabajo de otro pintor de ménos mérito ó de otro estilo; si encarga una escultura á Vallmitjana, no ha de compelérseles á recibir la escultura hecha por otro escultor.

Digitized by Google

Los principios que entraña el artículo que nos ocupa no son nuevos; precedentes se encuentran en la ley 31, tit. 3.°, lib. 46 del Digesto; ley 3.ª, tit. 14, Part. 5.ª; y tanto el art. 1100 del Proyecto de 1851, como el 1178 del Proyecto de 1882 propusieron preceptos análogos al nuestro, que alguna relación guarda con el art. 1098 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1239 del Código de Italia, 1237 del de Francia, 1419 del de Holanda, 1237 del de Bélgica, 730 del de la República Argentina, 923 del de Vaud, 1190 del de Nápoles, 2132 del de la Luisiana, 1235 del de Bolivia, 1423 del del Uruguay, 2302 del de Guatemala, 747 del de Portugal, 1572 del de Chile, 1491 del de Veracruz-Llave, 1327 del Sardo, 1630 del de Colombia, 1650 del de México, 1536 de la Baja California, 1650 del de Campeche, y otros.

Art. 1162. El pago debe hacerse á la persona en cuyo favor estuviese constituída la obligación, ó á otra autorizada para recibirla en su nombre.

También es de buen sentido que el pago se haga al acreedor en persona, ó á su representante legítimo; así lo disponía también las leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª, título 14, Part. 5.ª; pero deja de ser válido el pago en cuanto se hace al apoderado á quien ya se han retirado los poderes, como el que hace el mismo deudor al acreedor después de haber sido por éste solicitada la intervención judicial, pues de ser esto valedero, el apoderado que dejó de serlo, podría perjudicar al acreedor, y muchos deudores al saber que se les demandaba en juicio, efectuarían el pago en él por librarse de las costas causadas.

Precedentes encontramos en las leyes 12.ª, párrafo 3.°, y 49.ª, tit. 3.°, libro 46 del Digesto; número 180 *deregulis juris*, leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª, tit. 14, Partida 5.ª; proponiéndose preceptos análogos en el art. 1101 del Proyecto de 1851, y en el art. 1179 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 2205 del Código de Guatemala, 1414 del del Uruguay, 1421 del de Holanda, 2136 del de la Luisiana, 1492 del de Veracruz-Llave, 1576 del de Chile, 925 del de Vaud, 748 del de Portugal, 1239 del de Francia, 1241 del de Italia, 1239 del de Bélgica, 731 del de la República Argentina, 1651 del de México, 1537 del de la Baja California, 1651 del de Campeche, y otros.

Art. 1163. El pago hecho á una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad.

También será válido el pago hecho á un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor.

Cuanto del pago utilice el acreedor, será válido para los efectos de la solvencia, ya se hubiere hecho á la persona del mismo acreedor incapacitado para

Digitized by Google

administrar sus bienes, ya á un tercero que por las relaciones con el acreedor en beneficio de éste emplease lo recibido. Esto sienta el Código, y lo mismo exponian las leyes 15.ª, tít. 3.º, lib. 46: 1.ª y 5.ª, párrafo 1.º, tít. 8.º, lib. 26 del Digesto, teniendo su base en la regla de derecho número 206: «Ninguno puede enriquecerse torcidamente con daño de otro. *Jure naturæ æquum est neminem eum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.*» De donde lo tomó la Ley 17.ª, tít. 34, Part. 7.ª; y tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1102, como el art. 1180 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos, ó mejor dicho iguales; encontrándose en relación más ó ménos directa el artículo que nos ocupa, con los arts. 159, 199, 200, 218, 229, 230, 262, y otros de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 749 del Código de Portugal; párrafo 2.º del 1241 y el 1243 del de Italia; 927 del de Vaud, 1423 del de Holanda, 2307 del de Guatemala, 1417 del del Uruguay, párrafo 2.º del 1239 y 1241 del de Francia, 2143 del de la Luisiana, párrafo 2.º del 1239 y 1241 del de Bélgica, 1577 y 1578 del de Chile, 733 y 734 del de la República Argentina, 1292 y 1294 del de Nápoles, 1341 del Sardo, 1653 y 1655 del de México, 1538 y 1541 del de la Baja California, 1653 y 1655 del de Campeche, 1635 del de Colombia, párrafo 2.º de los arts. 1424 y 1422 del de Austria y otros.

Art. 1164. El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor.

El precepto de este artículo tiene sus peligros, porque no siempre el poseedor de un título es el verdadero dueño. Así es que, según la laxitud que se dé á la frase están en posesión, deberá sostenerse ó no esta prescripción. Si estar en posesión de un crédito no se reduce á la tenencia material del acta, título ó escrito que lo demuestre, sino á la posesión pacífica y legal que uno goce de la calidad de acreedor, consentida ó autorizada con expontánea volición por el que constituyó la obligación, el precepto es justo y debe prosperar; si otra inteligencia se dá á la frase *estar en posesión*, el precepto seria injusto y no podria prosperar; pues no es lo mismo tener la posesión material de una cosa, que estar en posesión legal de la misma; pues solo tratándose de documentos pagaderos al portador, y que por facilitar las transacciones comerciales se ponen en circulación, puede decirse que está en posesión del crédito, aquel que tiene en su poder el documento de crédito que lo constituyó; y esto corriéndose gravísimos peligros de pagar al que legítimamente no tiene derecho al cobro.

No sucede lo mismo en los demás asuntos que deslinda el derecho civil puramente privado; así, un heredero tenido por tal, está en posesión de los créditos hereditarios, y por consiguiente, válidos son los pagos que le hacen los deu-

Digitized by Google

dores á la sucesión de su causante, aunque luego aquel heredero, vencido en juicio, se le declare por el Tribunal sin derecho á dicha herencia.

Tiene sus precedentes en la ley 6.ª tit. 14, part. 5.ª, y en relación está con los arts. 433 y 434 de este mismo Código, habiéndose propuesto un precepto análogo en el art. 1181 del Proyecto de Código de 1882.

Se relaciona algún tanto el precepto que nos ocupa con los arts. 82, 148, 153 y 154 de la ley hipotecaria que transcrita dejamos en el tomo 2.º, con sus concordantes de Ultramar, y con los arts. 490 al 501 del Código de Comercio.

Concuerda con los art. 1416 del Código del Uruguay, 1242 del de Italia, 2306 del de Guatemala, 1422 del de Holanda, 1240 del de Francia, 732 del de la República Argentina, 1582 del de Chile, 1606 del de México, 1634 del de Colombia, 1446 del de la Baja California, 1634 del de Campeche y otros.

Art. 1165. No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda.

Algo adelantamos acerca de esto al ocuparnos del art. 1162, y se comprende bien, porque el pago que se hace después de haber ordenado judicialmente la retención de la deuda no es tal pago expontáneo; por lo que, lo mismo el Código francés, que el belga, que el holandés, que el italiano, sostienen que el pago hecho por un deudor á su acreedor, con perjuicio de un embargo ó de una oposición, no será válido en relación á los acreedores embargantes ú oponentes, quienes podrán, según su derecho, obligarle á pagar de nuevo, salvo, en este caso únicamente, su recurso contra el acreedor.

Precedentes encontramos en la ley 41, tit. 3.º, lib. 46 del Digesto; y el párrafo 1.º del art. 1103 del Proyecto de 1851, proponía un precepto idéntico, como también lo propuso el art. 1182 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1242 del Código de Italia, 1242 del de Francia, 736 del de la República Argentina, 1242 del de Bélgica, 1424 del de Holanda, 928 del de Vaud, 2145 del de la Luisiana, 2308 del de Guatemala, 1418 del del Uruguay, 1332 del Sardo, 1494 del de Veracruz-Llave, 1656 del de México, 1542 del de la Baja California, 1656 del de Campeche, y otros.

Art. 1166. El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituído un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.

Cuando en la obligación constituída se estipula la entrega de una cosa determinada, es evidente que no puede el deudor obligar al acreedor á que reciba

Digitized by Google

otra diferente, aunque ésta sea de igual ó mayor valor que la debida; pues se comprende perfectamente que, habiendo determinación en la cosa, y quedando, según los principios anteriormente sentados, libre de responsabilidad el deudor cuando la cosa determinada que se adeuda perece sin su culpa, lógicamente pensando, no podía darse el absurdo de que, ese mismo deudor que no responde de la cosa destenida por caso fortuito, tuviese la facultad de hacer pago ó cumpliese la obligación con la entrega de cosa distinta de aquella que se estipuló. Y este principio no puede menos de aplicarse á las obligaciones de hacer á las que precisamente se refiere el apartado segundo del artículo que comentamos, porque las obligaciones de hacer, si no se cumplen en los términos estipulados, no puede decirse técnicamente que quedan cumplidas; podrá haber una novación de contrato; podrá haber una indemnización de perjuicios si el deudor rehusa el cumplimiento de la obligación de hacer tal ó cual se constituyó, pero la obligación principal primitiva queda incumplimentada.

La falta de pago podrá suplirla el mismo acreedor á expensas del deudor, siempre que se trate de una obligación de hacer ó de dar cosas fungibles, y según la opinión de algunos publicistas, los principios desarrollados en este artículo tienen sus excepciones, como sucede cuando el acreedor consiente el pago de unacosa por otra, ó sea por la *dación en pago* voluntariamente admitida por el acreedor; cuando procede la compensación, y los contratos que contengan una obligacion facultativa. Lo cual equivale á decir lo mismo que anteriormente hemos sentado nosotros; que cuando la obligación es realmente de cosa determinada y cierta, dicha obligación no queda verdaderamente cumplida sino con la entrega de la misma cosa, y que lo demás implica una novación (explícita ó implícita) de contrato, ó que verdaderamente no habia obligación signalamática de entregar cosa cierta y determinada: excepcion que ya estaba prescrita en el Digesto (ley 45, tit. 3.°, lib. 46), y en la ley de Partida (38, tit. 9.° Part. 6.ª).

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, párrafo 1°, tit. 1.°, lib. 12 del Digesto *(Aliud pro alio invito creditori solvi non potest)*; 16, tit. 43, libro 12 del Código, romano y 3.ª, tit. 14, Part. 5.ª; y tanto el Proyecto de 1851, en su art. 1089, como el Proyecto de 1882, en su art. 1183, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1243 del Código de Francia, 740 y 741 del de la República Argentina, 1245 del de Italia, 1569 del de Chile; 1419 del del Uruguay, si bien sienta en el segundo apartado sus excepciones mediante abono de daños y perjuicios; 1425 del de Holanda, que es igual al nuestro; 2310 del de Guatemala, el que sienta también excepciones por imposibilidad; 1244 del de Bolivia, 1627 del de Colombia, 1413 del de Austria, 929 del de Vaud, 1196 del de Nápoles, 1333 del Sardo, 2146 del de la Luisiana, 1629 del de México, 1479 del de Veracruz-Llave, 1629 del de Campeche; 1515 del de la Baja California; debiendo advertir que estos cuatro últimos, y los preceptos citados de Francia, Italia, Bélgica y

Digitized by Google

Holanda, son casi idénticos al que de nuestro Código comentamos, no sólo en su espíritu y esencia, sino hasta en su redacción; y que se según la Novela 4.ª del Justiniano, observada en Cataluña y Navarra, cuando el deudor no tenía dinero ni bienes muebles para proporcionarlos, podía pagar en fincas por su justa estimación, si el acreedor no prefería procurar comprador de ellas, lo cual no se observó jamás en Castilla.

Art. 1167. Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada ó genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior.

Sucede en esto lo mismo que en el legado de género; ni el acreedor ni el legatario pueden exigir especies superiores del género á que se refiere el contrato ó el testamento, ni el obligado á satisfacerlos puede darlas inferiores, ha de ser un justo medio lo que ha de buscarse; han de cumplirse esas obligaciones con la entrega de cosas genéricas usuales y admitidas para la generalidad, debiendo tenerse en cuenta, si nada se prefija en contrario, la calidad de las personas que intervienen en la obligación, pues no es verosímil que si el acreedor es un labrador se presuma que en la estipulación de entrega de un caballo se quiso referir á uno de esos ejemplares educados á la alta escuela que solo pueden hacer buen servicio á un caballero de la Corte ó de poblaciones importantes, donde la equitación sea habitual y haya una verdadera fastuosidad general en tal ejercicio.

Lo mismo preceptuaba el Digesto en su ley 18, párrafo 1.°, tít. 1.°, lib. 21; ya en las Instituciones de Justiniano al tratar de los legados genéricos se expresa de igual manera, sobre todo en el párrafo 22, tít. 20, lib. 2.°: viéndose preceptos casi idénticos en las ley 23.ª, tít. 9.°, Part. 6.ª; y tanto en el artículo 1090 del Proyecto de 1851, como en el art. 1184 del Proyecto de 1882 se propusieron prescripciones iguales, guardando alguna relación con el art. 1096 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2312 del Código de Guatemala, 1480 del de Veracruz-Llave, 1425 en su párrafo 1.° y 1240 del de Bolivia; 1446 del de Francia, 1428 del de Holanda, 1246 del de Bélgica, 1248 del de Italia, 931 del de Vaud, 275 del de Prusia, 2152 del de la Luisiana, 81 del de Suiza, 716 del de Portugal; artículos 601 y 602 en su relación con el art. 745 del de la República Argentina; y en general todos los Códigos modernos, en unas y otras formas, vienen á prescribir lo mismo sobre esta materia.

Art. 1168. Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales, decidirá el Tribunal con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil.

Digitized by Google

Por la claridad y sencillez de los dos preceptos que contiene este artículo nada puede decirse de él, porque cuanto se expusiese sería un mero cambio de dicción para expresar la misma cosa, quizá sin tanta concisión, pues duda no cabe que deben ser de cuenta del deudor los gastos extrajudiciales que ocasione el pago, y que, los gastos judiciales, son los Tribunales los que con arreglo á la ley han de decidir quien los abone.

Goyena es de la misma opinión, porque si el deudor está obligado á cumplir su ubligación y á entregar la cosa, él es quien debe satisfacer los gastos que ocasione su cumplimiento y entrega. Es más, el deudor ha de tener interés, y hasta verdadera necesidad, según los casos, de obtener un resguardo justificante del cumplimiento de la obligación, y si para ello hiciere otorgar un instrumento público, deberá pagarlo de su cuenta, á no ser que otra cosa se hubiera pactado en contrario, debiendo también pagar el papel sellado que en cualquier resguardo se emplee; lo cual lo ha decidido el Tribunal Supremo en varias sentencias, como el Tribunal de Casación francés en varias decisiones, porque los gastos señalados forman parte de los del pago, y en tal concepto éstos son siempre de cuenta del deudor.

Prescindiendo de las opiniones de Voet y Rogrón que apoyan un texto francés ánalogo al nuestro, hemos de indicar siquiera que el Proyecto de 1851 su art. 1092, y el de 1882 en su art. 1185 propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1248 del Código de Francia, 1250 del de Italia, 1248 del de Bélgica, 746 del de Portugal, 1428 del del Uruguay, 1251 del de Bolivia, 1431 del de Holanda, 1482 del de Veracruz-Llave, 2154 del de la Luisiana, 933 del de Vaud, 1571 del de Chile, 1629 del de Colombia, 1638 del de México, 1524 del de República Argentina, 1638 del de Campeche, y otros.

1169. A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor á recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.

Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar á que se liquide la segunda.

Comprende este artículo dos preceptos que son de buen sentido y que confirman el principio de que la obligación que se contrajo por el todo, ha de ser cumplida en la forma estipulada. Y si lo que prescribe el primer apartado del artículo que nos ocupa no se cumpliere, se irrogarían grandes daños y perjuicios al acreedor, con los miles de inconvenientes que en sí lleva consigo la cobranza parcial, no solo por no satisfacer á los fines estipulados, ni á los intereses del acreedor que se ha privado de disponer en un día determinado de un capital que, fraccionado, pierde su valor, sino por la multiplicidad de

Digitized by Google

asientos y recibos, y la dificultad de obtener pingües beneficios, y la facilidad del gasto de esas partes del caudal fraccionado. Ya el Código romano lo preceptuaba en sus ley 9.ª, tit. 43, lib. 8.º, *Obsignatione totius pecuniæ solemniter facta;* como lo expresaban de modo parecido las leyes 41.ª, párráfo 1.º, tit. 1.º, lib. 2º del mismo Código, y las 1.ª, 2.ª, 3.ª y 8.ª, tit. 14, Part. 5.ª; pues efectivamente para que el pago sea justo se ha de pagar *simul et semel;* y aunque algunos Códigos extranjeros, como determinadas disposiciones del derecho romano, disponian que los Jueces podian conceder plazos moderados para hacer los pagos, nuestro Código se aparta en esto de ese prudente arbitrio judicial por temor á los abusos á que esto pueda dar lugar, y porque realmente la concesión de plazos contra lo estipulado al constituir la obligación es atentatoria á la voluntad expresa de las partes contratantes.

La segunda parte del art. 1169 que comentamos se funda en que lo liquido y cierto, no puede ser aplazado ni entorpecido por lo iliquido é incierto; cuyo principio se venia sustentando ya en la ley 8.ª, tit. 4.º, lib. 5.º del Digesto.

El Proyecto de Código de 1851 en sus arts. 1094 y 1095, y el de 1882 en su art. 1186 proponian preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1246 del Código de Italia, primer apartado del artículo 1244 del Código de Francia, 742 y 743 del de la República Argentina, correspondientes casi con exactitud á cada uno de los apartados del articulo 1169 que de nuestro Código nos ocupa; 1591 del de Chile, 1415 del de Austria, 1649 del de Colombia, 1420 y 1422 del del Uruguay, cuyos dos articulos corresponden perfectamente á los dos apartados de nuestro articulo; 1426 del de Holanda que, como el de Italia, se reduce á prescribir que el deudor no podrá obligar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda, aunque sea divisible: 2149 del de la Luisiana, 1484 del de Veracruz-Llave, 1639 del de México, 1525 del de la Baja California, 1639 del de Campeche, y otros.

Art. 1170. El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata ú oro que tenga curso legal en España.

La entrega de pagarés á la orden, ó letras de cambio ú otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, ó cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Preceptos contiene este articulo que, en armonia con los del Código de Comercio, han de evitar muchos litigios, porque sientan de un modo tan

Digitized by Google

claro y preciso como concreto la manera de pagar las deudas de dinero, que ha de ser muy temerario quien contra la letra y el espíritu de dichas prescripciones ponga en duda lo evidente é inconcuso.

Es indudable que el pago de las deudas en dinero, debe hacerse en la especie pactada; esto ni se discute ni se comenta, por que es de pura sinderesis; y, no siendo posible en las especies designadas, se hará el pago en plata ú oro de legal curso en España (porque para los españoles se da el precepto) y de obligaciones contraidas en España se trata.

En cuanto á la entrega de pagarés á la orden, letras de cambio ú otros documentos mercantiles, no cabe tampoco la menor duda que no pueden conceptuarse con efecto mientras no sean realizados, porque si uno da otro documentos de esta índole, que resultan incobrables ó que le llevan al sostenimiento de pleitos que únicamente le originan gastos, no puede considerarse que con aquello se ha hecho pago, pues la dación de tales documentos suele ser las más veces un medio de simular su pago, cometiéndose verdaderas estafas por los que títulos falsos ó inservibles entregan en pago de legítimas deudas.

Así es que no puede menos de quedar en suspenso la acción derivada de la obligación de donde se deduce el pago. En lo antiguo se suscitaban mayores dificultades, y á pesar de las opiniones diversas de los publicistas, tanto en los preceptos del derecho romano (dejando siempre á salvo el pacto especial), como en los Códigos modernos, (modificando en parte la textura del antiguo derecho y aceptando en parte los principios por aquél proclamado) se ve un estudio verdadero del asunto. Y para convencerse de ello no hay más que ver por una parte el Digesto, principalmente en sus leyes 3.ª, tit. 1.º, libro 12; 41.ª, párrafo 1.º, tit. 1.º, lib. 22; 37 in fin, tit. 1.º, lib. 17; 1.ª, tit. 1.º, lib. 18; 94, tit. 3.º, lib. 46, y 102, tit. 3.º, lib. 48; no hay más que ver el Código romano ley 2.ª, título 2.º, lib. 11, y 9.ª, tit. 43, lib. 8; no hay más que acudir á las grandes autoridades jurídicas Heinecio, Vinio, Voet; no hay más que estudiar los Códigos francés, prusiano, belga, austriaco, sardo, holandés, en todos ellos, en los preceptos legales con la frialdad que les es característica; en los estudios de los grandes publicistas con sus argumentaciones ingeniosas, se deja traslucir un trabajo concienzudo, que aclara los conceptos y fija las reglas generales á que sobre el particular debemos atenernos.

El Proyecto de Código Civil de 1851 en su art. 1096, y el art 1187 del Proyecto de 1882 proponian preceptos análogos; y en relación está con los artículos 469 al 479, 489 y 525 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 744 del Código de la República Argentina, 1895 del de Francia, 2884 del de la Luisiana, 788 del de Prusia, 1895 del de Bélgica, 1779 del de Vaud, 723 al 725 del de Portugal, 1793 del de Holanda, 1767 del de Nápoles, 1916 del Sardo, y otros.

Digitized by Google

Art. 1171. El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación.

No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación.

En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

Sienta este artículo preceptos que si bien son sustantivos, pueden tener un carácter adjetivo, y que en la ley de Enjuiciamiento civil consignado se ve al fijar la cuestión de la competencia, si bien no está del todo conforme con lo que se previene en el art. 62 de la expresada ley, especialmente en su regla primera, en la que se determina que en los juicios en que se ejercen acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y, á falta de éste, el demandante podrá optar por el Juez del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él dicho deudor, aunque sea accidentalmente, pudiera hacérsele el emplazamiento. Se ve pues, que en el artículo que comentamos de nuestro Código, se fija en primer lugar como en aquella ley el lugar del cumplimiento, allá donde se hubiera estipulado en la obligación constituida; y en vez de dejar al arbitrio del demandante como dejaba aquélla el lugar de la reclamación cuando otro no se hubiera estipulado, viene nuestro Código preceptuando en el apartado segundo del artículo que nos ocupa que, cuando tal estipulación no hubiere, y se tratare de entregar una cosa determinada, el lugar del pago será aquel donde la cosa existiera al constituirse la obligación; y en el tercer apartado se determina que, en todos los demás casos que puedan ocurrir, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

Ya el Digesto ocupábase de esta materia en las leyes 9.ª tit. 4.°, lib. 13; 19, párrafo 2.°, tit. 1.°, lib. 5.°; 3.° tit. 5.°, lib. 42; y 21, tit. 7, lib. 42; pero la disposición que realmente aparece idéntica en su esencia á la primera parte del artículo que nos ocupa es la de la ley 13, tit. 11, Part. 5.ª; y, la 32, tit. 2.°, Part. 3.ª, determinaba la competencia por el lugar del contrato, aunque sin expresar que hubiera de encontrarse allí el obligado; si bien tal precepto vino á extenderse en dicha forma en nuestra ley de procedimiento en virtud de la interpretación que algunos juristas, de conformidad con lo prevenido en el derecho romano, dieron á la expresada circunstancia de encontrarse ó no el deudor en el sitio donde se constituyó la obligación.

Sin embargo, los Códigos modernos, no todos han seguido la misma teoría, pues si bien el de Francia, el de Holanda, el Sardo, el Napolitano, el de Vaud y el de la Luisiana convienen en su redacción con los dos primeros párrafos del

Digitized by Google

artículo que del nuestro comentamos, no están conformes en cuanto al tercero, prefiriendo el de Vaud el domicilio del acreedor, mientras se encuentre en el mismo cantón, y el Código de Holanda tan solo da esta preferencia cuando el acreedor sigue habitando el mismo pueblo en que vivia al constituirse la obligación.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1091, y el de 1882 en su art. 1188 proponian preceptos análogos; y en relación está con el art. 40 de este mismo Código y con los arts. 56 al 71 de la ley de Enjuiciamiento Civil antes citados.

Concuerda con los arts. 1247 del Código de Francia, 1249 del de Italia, 1247 del de Bélgica, 739 y 744 del de Portugal; todos los cuales, son en la esencia, enteramente iguales al nuestro, y casi en su redacción; siendo también concordantes en lo sustancial los arts. 1634 del Código de México, 1520 del de la Baja California, 1634 del de Campeche, 1481 del de Veracruz-Llave, 747 del de la República Argentina, y 1425 del del Uruguay, si bien estos dos últimos, estando conformes en parte con el tercer apartado del art. 1171 que de nuestro Código comentamos, ó sea en que el pago deba hacerse en el domicilio del deudor, contienen una ligera adición que cambia algún tanto su sentido, pues se refieren al lugar que tuviere el deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación; con lo cual, se viene á evitar el abuso que pudiera cometer un deudor de mala fe, trasladando su domicilio á punto donde al acreedor le fuese difícil ejercitar su acción. En cambio, el art. 2713 del de Guatemala transije con un convenio entre el deudor y el acreedor acerca del punto donde deba efectuarse el pago; y el 1429 del de Holanda, sostiene que, fuera de los dos casos á que se refieren apartados idénticos á los consignados en los dos primeros párrafos que del nuestro nos ocupa, el pago deberá hacerse en el domicilio del acreedor si tiene su domicilio en el lugar en que lo tenia al estipularse la obligación, ó en el del deudor, en caso contrario.

DE LA IMPUTACIÓN DE PAGOS.

Art. 1172. El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, á cuál de ellas debe aplicarse.

Si aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, á menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato.

Comprende el artículo que acaba de consignarse dos preceptos que en la mayor en parte de los Códigos modernos, expuestos están en dos artículos; y

Digitized by Google

aunque á primera vista parece complicado lo que el artículo que nos ocupa entraña, realmente queda reducido á determinar que el que contra si tiene varias deudas á favor de un solo acreedor, puede y tiene el derecho de declarar en el momento de hacer el pago á cual de las repetidas deudas debe aplicarse éste; es decir, que el deudor de varias cantidades, á una persona, por diferentes conceptos, tendra derecho, cuando pague, á declarar cuál es la que finiquita ó á que deuda se imputa el pago; más luego viene el segundo apartado de este artículo estableciendo una especie de excepción fundada más bien en la voluntad tácita del deudor que en otra cosa, pues si éste acepta del acreedor un recibo en que se hace la aplicación del pago, no cabe duda que implícitamente acepta la imputación que del mismo se consigna en aquel documento, y por ello es lógico que no quepa entonces ya reclamación contra lo que en el recibo se consignó á no ser que se venga á demostrar que hubiera mediado una causa que invalidase el contrato. Lo cual, expresa con más claridad el Código de Francia, como el de Bélgica, el de la República Argentina, el de Italia, el de Holanda y otros Códigos modernos, pues en todos ellos viene á determinarse que, cuando el deudor de diferentes deudas haya aceptado carta de pago, por la cual, el acreedor impute lo que ha recibido á una de esas deudas, el deudor no podrá exigir que la imputación se haga sobre una deuda diferente á menos que haya habido dolo ó sorpresa por parte del acreedor; de manera, que se ve en todos estos Códigos perfectamente enunciada la idea que entraña el segundo párrafo del artículo que del nuestro comentamos, dándole una mayor expresión y suponiendo que, con lo determinado en el recibo o carta de pago, se constituyó una especie de nuevo contrato ó cuasi-contrato, en virtud de lo en aquel recibo consignado por una de las partes, y aceptado fue por la otra que privó de toda reclamación al pagador respecto de la imputación del pago, salvo los casos de dolo.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª á la 3.ª, tit. 3.º, lib. 46 del Digesto; 1.ª, tit. 43, lib. 8.º del Código romano; ley 102, párrafo 1.º, tit. 3.º, lib. 46 del Digesto; ley 10.ª, tit. 14.º, Part. 5.ª; habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1104 del Proyecto de Código de 1851, y en el 1189 del Proyecto de 1882.

Sentencias distintas del Tribunal Supremo tenemos á la vista, en las que se establece esta misma doctrina hoy sustentada en nuestro Código, y especialmente la de 6 Abril de 1870, decide que con arreglo á lo prescrito en la ley 10.ª, tit. 14, Part. 5.ª, el deudor que teniendo diferentes deudas contra si en favor de un solo acreedor entregare á éste alguna cantidad, puede designar aquella á que haya de aplicarse, y que no haciendo tal designación el deudor, queda el acreedor en el derecho de efectuarla, debiendo, en caso de no verificar tal designación ninguno de los dos, ser aplicado é imputado el pago á la deuda más onerosa, ó que como dice dicha ley, fuese *más gravada que las otras por razón de la pena que fuese puesta sobre ella ó por otro gravamiento semejan-*

Digitized by Google

te: y como en sentencias distintas del Tribunal de Casación francés, entre otras, la de 25 Julio de 1864, vemos sentada la misma doctrina, podemos conceptuar como lógico y casi axiomático el precepto de este Código, en cuanto sienta: primero, que el que debe á una persona determinadas cantidades por obligaciones independientemente constituidas, tiene el derecho de imputar el pago á cualquiera de las referidas obligaciones, á no ser que en estas se hubiese estipulado lo contrario; segundo, que no ejercitando ese derecho el deudor, puede hacer tal imputación el acreedor que recibe el pago; y tercero, que, cuando ni el deudor ni el acreedor imputasen los pagos á determinadas deudas, de las á que nos referimos, deberá aplicarse el primer pago á la deuda más gravada ú onerosa.

Concuerda con los arts. 1253 y 1255 del Código de Francia, 1255 y 1257 del de Italia, 1253 y 1255 del de Belgica, 773 y 775 del de la República Argentina, 2159 del de la Luisiana, 1343 del Sardo, 1432 y 1434 del de Holanda, 728 del de Portugal, 1707 del de Nápoles, 2314 del de Guatemala, 1437 del del Uruguay, 1596 del de Chile, 1256 del de Bolivia, y 146 del de Austria.

Art. 1173. Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses.

También es éste otro de los preceptos que no necesitan comentarios, porque sobre ser claro y terminante, es justo, y como preceptivo hay que observarle; siendo por su índole de los que han de prosperar necesariamente, puesto que es equitativo, y conforme está con la ley natural: tanto es así, que en todos los Códigos se consignaba tal prescripción, y que ya en el derecho romano se venía preveyendo el caso, lo mismo en la ley 85.ª, tit. 7.°, lib. 3.° del Digesto, que en la 1.ª, tit. 39.°, lib. 11 del Código romano; guardando bastante relación con los arts. 1110, 1172 y 1174 del Código que comentamos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1105, y el de 1882 en su art. 1190, proponian los mismos preceptos; y concuerda con los arts. 1256 del Código de Italia, 1254 del de Francia, 1653 del de Colombia, 1254 del de Bélgica, 1438 del del Uruguay, 939 del de Vaud, 2314 del de Guatemala en su último párrafo, 777 del de la República Argentina, 730 del de Portugal, 1433 del de Holanda, 2160 del de la Luisiana, 1595 del de Chile, 146 del de Austria, 1344 del Sardo, 1108 del de Nápoles, 1496 del de Veracruz-Llave, y otros varios, en los que se sienta el principio de que *no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estuvieren cubiertos los intereses*, salvo pacto en contrario; principio, que como ya hemos dicho, sustentado fué en el Digesto, bajo las frases: *Primum usuris; deinde, si quid superest, sorti accepto ferendum est, nec audiendus est debitor, si elegit*: principio que el Código romano expuso en estos

Digitized by Google

términos: *Primo in usuras, id quod solvitur. deinde in sortem accepto ferétur*: principio adoptado por la jurisprudencia francesa en varias sentencias del Tribunal de Casación, entre otras la de 24 Noviembre de 1862, y por el Supremo de justicia español, en la *de 6 Abril de* 1870; si bien no se aplica en materia de cuenta corriente, ni en materia de quiebras, reguladas principalmente por el Código de Comercio.

Art. 1174. Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda mas onerosa al deudor entre las que estén vencidas.

Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará á todas á prorrata.

Parece establecercе una compensación prudente entre los intereses del acreedor y los del deudor, y que el legislador amparando á éste en situaciones difíciles, cuando el pago no pueda imputarse según las lógicas reglas anteriormente sentadas, se decide por la aplicación á la deuda mas gravosa ú onerosa para el deudor, lo cual está en perfecta relación con lo que digimos al comentar el art. 1172 de este mismo Código, y con la ley 10.ª, tit. 14, Part. 5.ª; y cuando no, viene la proporcionalidad ó el prorrateo.

Precedentes encontramos, no solo en la ley de Partida que acabamos de citar, sino en las leyes 85.ª, tit. 7.º, lib. 8.º; 5.ª, 7.ª, 8.ª y 103, tit. 3.º, lib. 46 del Digesto.

El art. 1106 del Proyecto de Código de 1851, y el 1191 del de 1882 proponian preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 778 del Código de la República Argentina, 1435 del de Holanda, 729 del de Portugal, 2314 del de Guatemala en su párrafo 2.º principalmente; 941 del de Vaud, 1441 del del Uruguay, 1259 del de Bolivia, 1596 y 1597 del de Chile, 2162 del de la Luisiana, 1416 del de Austria, 1655 del de Colombia, 1346 del Sardo, 1110 del de Nápoles, 1256 del de Francia, 1258 del de Italia y 1256 del de Bélgica; cuyos tres últimos Códigos parecen idénticos en su esencia y hasta en su redacción, siempre precisos y detallados en estremo, pues unos y otros vienen á determinar que, cuando el finiquito no exprese ninguna imputación, deberá aplicarse el pago á la deuda que el deudor tenga mas interés en pagar entre las que estuviesen igualmente vencidas; en caso contrario, á la deuda vencida aunque sea menos onerosa que las que no hayan vencido todavía. Si las deudas fuesen de igual naturaleza, se hará la imputación á la mas antigua; siendo todas iguales se hará proporcionalmente dicha imputacion. Y el Tribunal de Casación francés sostiene tal doctrina en diferentes sentencias, entre otras la de 28 de Junio de 1853.

Digitized by Google

DEL PAGO POR CESIÓN DE BIENES.

Art. 1175. El deudor puede ceder sus bienes á los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera á aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán á las disposiciones del tít. 17 de este libro, y á lo que establece la ley de Enjuiciamiento civil.

Contiene este artículo diversos preceptos que en relación están con varios otros artículos de este mismo Código y principalmente con el tit. 17 de este mismo libro, que trata de la concurrencia y prelación de créditos, sobre todo en sus arts. 1911 al 1920, sentando principios de todos conocidos, cuya esencia es idéntica en todos los Códigos. Que el deudor puede ceder sus bienes á los acreedores en pago de sus deudas, es tan natural que no hay para qué explicarlo, puesto que se lo explica cualquiera á poco que reflexione; es más, no solo tiene esa facultad, sino que en muchos casos está obligado á ello, porque no ha de ser declarado insolvente el deudor que tenga bienes aunque no posea metálico con que satisfacer sus deudas.

Mas con esta concesión, cualquiera que sea, no quedará libre de responsabilidad dicho deudor por la totalidad de la deuda, sino tan sólo de aquello que alcance el importe líquido de los bienes cedidos, pues, de liberar toda responsabilidad, la mala fé daria lugar á que la mayor parte de los deudores realizasen sus bienes y ofreciesen para la cesión, al objeto de insolutumdar, aquellos bienes de difícil liquidación que de nada sirviesen, defraudando verdaderamente ásus acreedores. Y lógico es que si algún convenio se efectuase entre acreedor y deudor, ó mejor dicho entre el deudor y sus diversos acreedores, ajustarse debe á las prescripciones contenidas en este mismo Código en el tit. 17 antes mencionado, porque allí se dan reglas precisas y atinentes acerca de la concurrencia y prelación de créditos; reglas para cuya tramitación encontramos su norma en el tit. 12 del lib. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil que trata del concurso de acreedores, muy principalmente en sus arts. 1130 al 1172, 1303 al 1313 y 1389 al 1396 de dicha ley procesal, á la que remitimos á nuestros lectores.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, 7.ª y 8.ª, tit. 71, lib. 6.º del Código romano, y en la 3.ª, tit. 15, Part. 5.ª

Preceptos análogos se ven propuestos en los arts. 1145, 1147, 1149 y 1150 del Proyecto de 1851.

De todo lo cual se deduce, que esa cesión ó abandono de bienes del deudor

Digitized by Google

en favor de sus acreedores, puede hacerse lo mismo cuando hay un sólo acreedor que cuando hay varios; que esa cesión se hace cuando el deudor aparece insolvente y cuando está sujeto al apremio personal; que los efectos de la cesión convencional deben ser pactados entre el deudor y sus acreedores; que la cesión judicial debe hacerse en la forma que determina la ley de Enjuiciamiento Civil; (lo cual presupone que hay dos clases de cesión, la convencional y la judicial, según reconocia la ley 9.ª, tit. 3.º, lib. 42 del Digesto *Bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest*), y que según nuestro Código, en el art. 1175, que comentamos, la cesión sólo libera al deudor de responsabilidad por el importe liquido de los bienes cedidos: en lo cual es más justo nuestro Código y no favorece tanto al deudor como algunos otros extranjeros, entre ellos, el francés, el belga y otros, como el derecho romano, con el cual no estuvo muy conforme en esto nuestro antiguo derecho patrio, pues la ley 1.ª, tit. 15, Part. 5.ª, no reconocia más cesión que la judicial.

Concuerda en parte con los arts. 1265 al 1270 del Código de Francia, 1535 al 1547 del de Veracruz-Llave, 1269 del de Bolivia, 1451 al 1454 del del Uruguay, 2166 del de la Luisiana, 2370 al 2380 del de Guatemala, 1265 al 1270 del de Belgica, 1614, 1619 y otros del de Chile, 785 al 795 del de Portugal, 779 al 783 del de la República Argentina, 1672 y 1678 del de Colombia, y otros; todos los cuales tratan con más extensión que el nuestro del pago por cesión de bienes, cuyos preceptos no hemos de transcribir aqui por no hacer difuso este trabajo; si bien no podemos menos de hacer presente que el de la República Oriental del Uruguay, y el de la República Argentina, son los más semejantes al nuestro entre los citados, y que en pocos articulos (cuatro y cinco respectivamente), determinan con precisión suma cuanto á la cesión voluntaria se refiere, prescribiendo que si la cosa recibida en pago por el acreedor es un crédito á favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos; si se determina el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compra venta; y que si el acreedor fuere vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado, como comprador, pero no podrá hacer revivir la primitiva obligación.

DEL OFRECIMIENTO DEL PAGO Y DE LA CONSIGNACIÓN.

Art. 1176. Si el acreedor á quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón á admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.

La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente ó cuando esté incapacitado

Digitized by Google

para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho á cobrar, ó se haya extraviado el título de la obligación.

Es uno de los medios de extinguir una obligación el ofrecimiento del pago y la consignación; pero realmente se nota alguna confusión en varios Códigos, puesto que la consignación se comprende tanto en las deudas de cantidades metálicas ó valores como en las deudas de toda clase de cosas, siendo así que realmente la consignación sólo puede tener lugar respecto á las deudas de dinero; pues no es posible que haga depósito judicial el deudor de un cargamento de hierro para ofrecerlo al acreedor en su domicilio, ni mucho menos es factible seguir en esto las reglas que para la consignación de sumas de dinero se siguen: por ello, en ciertas deudas, basta la oferta del deudor al acreedor de la cosa debida, para causar su liberación y tener lugar los efectos de la consignación.

Precedentes encontramos en las leyes 72, tit. 3 °, libro 46; 1.ª, párrafo 7.°, título 1.°, lib. 22 del Digesto; 9.ª, tit. 43, lib. 8.°; 19, tit. 32, lib. 4.° del Código romano, y 8.ª, tit. 14, Part. 5.ª; habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1107 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 756 y 757 del Código de la República Argentina, 1257 del de Francia, 1259 del de Italia, 1257 del de Belgica, 1498 y 1499 del de Veracruz-Llave, 1261 del de Bolivia, 1425 del de Austria, 759 del de Portugal, 2163 del de la Luisiana, 1440 del de Holanda, 943 del de Vaud, 1442 y 1443 del del Uruguay, 1598 y 1599 del de Chile, 2351 y 2352 del de Guatemala, 1670 y 1671 del de México, 1556 y 1557 del de la Baja California, 1658 y 1659 del de Colombia, 1670 y 1671 del de Campeche, y otros; debiendo hacer presente que los de Francia, Bélgica, Italia y Holanda son casi idénticos entre sí, y á los que más se asemeja el nuestro; que los de la República Argentina, Veracruz-Llave y Uruguay tienen en esto mucho parecido, y desde luego señalan las circunstancias necesarias para que el ofrecimiento produzca efecto; y que en todos se ve la tendencia á sentar análogos principios, dominando en ellos como nota saliente, que para que el pago se conceptúe hecho por ofrecimiento y consignación, es preciso que el acreedor rehuse el pago sin justa causa y concurriendo varios requisitos de que el Código argentino se ocupa, y no basta el ofrecimiento, sino que es indispensable la consignación, puesto que el primero sin la segunda, colocaría al deudor en una situación mucho más favorable que al acreedor, que no sólo daría lugar á litigios respecto de la responsabilidad de la cosa objeto de la obligación el dia en que se perdiese, sino que conservando el deudor la cosa que debia consignarse, seguiría utilizándola, sin provecho alguno para el acreedor, viniendo á quedar éste sin más que un ofrecimiento ilusorio.

Digitized by Google

Art. 1177. Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada á las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación.

La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente á las disposiciones que regulan el pago.

Evidente es que, la consignación de la cosa debida es indispensable para que libere la obligación, porque sin conocimiento de una de las partes que crearon aquella relación jurídica no es posible extinguir lo que aquellas dos voluntades establecieron.

La consignación no puede ser eficaz sino se ajusta estrictamente á las disposiciones que regulan el pago, porque siendo como es una equivalencia á éste, ó un modo de verificarlo, á dichas prescripciones debe atenerse.

Parecido precepto al del primer apartado del artículo que nos ocupa encontramos en el art. 1112 del Proyecto de 1851; y concordancias vemos en los artículos 1259 del Código de Francia en su primer número; num. 7.º del art. 1260 del de Italia, 1259 del de Bélgica, 760 del de Portugal, apartado núm. 1.º del 1442 del de Holanda, 1500 al 1502 del de Veracruz-Llave, 2352 del de Guatemala, principalmente en su párrafo 2.º; apartado 1.º del art. 1444 del del Uruguay, 758 del de la República Argentina, 1262 del de Bolivia, 1602 del de Chile, 945 del de Vaud, 1660 del de Colombia, 1672 al 1676 del de México, 1558 al 1562 del de la Baja California, 1672 al 1676 del de Campeche, y otros; no pudiendo menos de hacer presente, que los de Francia, Holanda, Bélgica é Italia son casi idénticas, y no sólo tratan de la notificación, sino que determinan que el ofrecimiento debe hacerse al acreedor capaz de reclamar ó á quien tenga facultad de recibir en su nombre; por persona capaz, comprendiendo la totalidad de la suma ú otro cosa debida, los frutos é intereses vencidos, los gastos líquidos, y una suma para los no liquidados, con reserva para los oportunos suplementos; que haya vencido el termino, si se estipuló en favor del acreedor; que la condición del contrato, si la hubo, se haya cumplido; que la oferta se haga en el lugar convenido, y caso de no haberlo convenido en el domicilio del acreedor, ó en el que se haya elegido para la ejecución del contrato; y que dicho ofrecimiento se haga por medio de Notario ú otro funcionario público autorizado para actos de esta clase.

Art. 1178. La consignación se hará depositando las cosas debidas á disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás.

Hecha la consignación, deberá notificarse también á los interesados.

Digitized by Google

Las legislaciones todas han impuesto ciertas solemnidades para hacer la consignación; y si bien hoy ya no se hace en las Iglesias ó en sus sacristías como prevenía la ley 8.ª, tít. 14, Part. 5.ª ó en poder de un hombre bueno; ni en los templos como prescribía la ley 9.ª, tít. 43, lib. 8.º del Código romano; en todos los Códigos modernos se exige cierta publicidad, y se manda hacer depositando las cosas debidas á la disposición de la Autoridad ante quien se acreditará su ofrecimiento y notificación al acreedor y á los demás interesados, cuya autoridad judicial mandará que dicha consignación se haga en cualquiera de los bancos públicos autorizados por el Gobierno si consiste en dinero, ó en un depositario de confianza si consistiere en otra cosa el objeto de la consignación.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1111 propuso preceptos análogos, y como hemos indicado ya, se encuentran precedentes lo mismo en el derecho romano que en nuestra antigua legislación, principalmente en las dos disposiciones anteriormente citadas, y en las leyes 73, tít. 3.º, lib. 3.º, 7.ª, tít. 4.º, lib. 4.º, 1.ª, párrafos 36 y 37; 5.ª, párrafo 2.º, tít. 3.º, lib. 16 del Digesto.

Concuerda con los arts. 1261 del Código de Italia, 1259 del de Francia, 756 del de la República Argentina, 1259 del de Bélgica, 759 del de Portugal, 1601 del de Chile, 1262 del de Bolivia, 1442 del de Holanda, 2352 del de Guatemala, 1501 del de Veracruz-Llave, apartado núm. 7 del art. 1443 del del Uruguay, 1658 del de Colombia, 1676 y 1677 del de México, 1562 y 1563 del de la Baja California, 1676 y 1677 del de Campeche, y otros: si bien mientras estos tres últimos se contentan con prevenir: que con certificación de haberse rehusado el objeto de la obligación, podrá el deudor pedir el depósito judicial; y el Juez mandará hacerlo, oyendo sumariamente al acreedor en los términos que establezca el Código de procedimientos; y si el acreedor fuere conocido, podrá el deudor pedir el depósito de la cosa debida con citación del interesado á fin de que justifique sus derechos por los medios legales: mientras que los Códigos de Italia, Holanda, Bélgica y Francia, casi idénticos en sus preceptos sobre el particular, prescriben que no será necesaria para la validez de la consignación que haya sido autorizada por el Juez, que basta que haya precedido notificación dirigida al acreedor que contenga la indicación del día, hora y lugar en que se depositará la cosa ofrecida, entregándola en el depósito indicado por la ley para recibir las consignaciones, con los intereses hasta el día del depósito; que se levante acta ante funcionario público acerca de la naturaleza de las especies ofrecidas, de haberse negado el acreedor á recibirlas, ó de no haber comparecido, y de haberse efectuado el depósito; y en caso de incomparecencia del acreedor ó su representante, el auto del depósito le debe ser notificado con invitación para que retire la cosa depositada.

Sentencias varias del Tribunal Supremo sentaron la doctrina de la publicidad sustentada por nuestra antigua legislación; pero es notable la de 22 de

Digitized by Google

Junio de 1861, en la que se decide que la consignación voluntaria de una cantidad, hecha por el deudor en persona no autorizoda para recibirla, y resistida por el acreedor, no puede equipararse ni confundirse con el pago de la deuda, pues para esto es indispensable que la cantidad se constituya en depósito legal y de conocida garantía, á consecuencia de haberse negado el acreedor á recibir la cosa ó cantidad adeudadas.

Art. 1179. Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor.

Como la consignación presupone falta infundada de aceptación de la cosa debida, de aquí viene la natural consecuencia, de que los gastos que la misma origine, cuando sea procedente, corran de cuenta del acreedor, porque si éste tuviese razón legal para rehusar la cosa que se le ofrecia en pago, entonces la consignación seria improcedente, y las costas correrian de cuenta del deudor que indebidamente la hizo.

El Proyecto de Código de 1851 propuso preceptos análogos en su art. 1113, y concuerda el que de nuestro Código nos ocupa con los arts. 1260 del Código de Bélgica, 1262 del de Italia, 1260 del de Francia, 1443 del de Holanda, idénticos entre si y los más semejantes al nuestro; 760 del de la República Argentina, 946 del de Vaud, 1604 del de Chile, 764 del de Portugal, 1445 del del Uruguay, 1503 del de Veracruz-Llave, 1683 del de Mexico, 1569 del de la Baja California, 1683 del de Campeche, 1662 del de Colombia, y otros.

Art. 1180. Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación.

Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, ó no hubiere recaido la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa ó cantidad consignada, dejando subsistente la obligación.

Dos extremos contiene este artículo: dos preceptos entraña que son consecuencia lógica de los principios anteriormente sentados. Efectuada debidamente, según procede con arreglo á ley, la consignación, puede el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación á que aquélla se referia; pero mientras el acreedor no haya aceptado dicha consignación, ó no se haya declarado procedente ó bien hecha la expresada consignación por autoridad judicial competente, podrá el deudor retirar la cantidad ó cosa consignada, dejando subsistente la obligación, con motivo de la cual se consignó como si no se hubiere hecho tal ofrecimiento y consignación.

Digitized by Google

Y esto es lógico, porque si el acreedor puede dejar de impugnar el ofrecimiento y la consignación, y puede también no hacerse cargo de ésta; como el deudor tiene interés en que se dén por buenos dicho ofrecimiento y consignación para quedar libre de la obligación que quiere extinguir legalmente, ha habido necesidad de consignar el primer precepto de este artículo; pero como dicha obligación no queda extinguida mientras no se acepta por el acreedor la consignación ó se haya de dar declaración judicial acerca de su procedencia, es evidente que, mientras alguna de estas circunstancias no venga á terminar la relación jurídica de que se trata, puede el deudor retirar lo consignado y dejar aquella obligación en el ser y estado anterior al ofrecimiento, con relación á cuantos intervinieron al establecerla, ya en calidad de deudor, ya como codeudores, fiadores, pero entenderse debe que en el caso en que se retira la consignación, los gastos son todos de cuenta del deudor que la hizo y la retiró.

Precedentes encontramos en la ley 19.ª *in fin*, tit. 32, lib. 4.º del Código romano, y preceptos análogos propuso el art. 1114 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1263 del Código de Italia, 1261 del de Francia, 762 del de Portugal, 1261 del de Bélgica, 1444 del de Holanda, 1606 del de Chile, 761 del de la República Argentina, 1445 y 1446 del del Uruguay, 1504 y 1505 del de Veracruz-Llave, que unidos, formarían un artículo igual al 1180 que de nuestro Código comentamos; 1680 y 1681 del de México, 1566 y 1567 del de la Baja California, 1680 y 1681 del de Campeche, y otros.

Art. 1181. Si, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa. Los codeudores ó fiadores quedarán libres.

Esto es inconcuso, pues si la consignación es procedente y se efectúa con arreglo á ley, toda autorización del acreedor que venga después de aquellos actos de extinción de la obligación primitiva, implica una especie de novación de contrato, que ligar no puede á los codeudores ni á los fiadores de la primera obligación.

El art. 1115 del Proyecto de 1851, en su párrafo 2.º, proponía un precepto análogo, y la ley 62.ª, tit. 14, lib 2.º del Digesto, ya vania, previniendo el caso: *Semel adquisitam fidejussori pacti esceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse.*

Y esto es muy natural: si el acreedor, por el fallo judicial, hizo suya la cosa ó cantidad consignada, no puede ya, sin consentimiento de aquél, retirarla el deudor, pero argüiría un nuevo convenio entre acreedor y deudor que en manera alguna puede perjudicar á los codeudores y fiadores que por aquel fallo ó declaración judicial de la pertenencia quedaron libres irrevocablemente de la

Digitized by Google

obligación primitiva; y como aquélla quedó extinguida para todos, y el convenio posterior establece ó constituye un nuevo contrato, un nuevo préstamo, ó un nuevo crédito, por esta razón pierde el acreedor la primera hipoteca, la preferencia en solvencia á los demás créditos.

Concuerda con los arts. 1263 del Código de Bélgica, 1265 del de Italia, 1263 del de Francia, 1506 del de Veracruz-Llave, 763 del de la República Argentina, 949 del de Vaud, 1607 del de Chile, 763 del de Portugal, 1448 del del Uruguay, 1267 del de la Luisiana, 1217 del de Nápoles, 1447 del de Holanda, 1353 del Sardo, 1682 del de México, 1568 del de la Baja California, 1682 del de Campeche, y otros.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LA PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA.

Art. 1182. Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere ó destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.

Quien se fije en el epígrafe de esta segunda sección, supondrá que se trata en ella exclusivamente de las obligaciones de dar alguna cosa, puesto que *de la pérdida de la cosa debida* se titula; pero al estudiar los cinco artículos de que se compone, se ve que extiende su acción á las obligaciones de hacer, pues principalmente el art. 1184 no deja de ello duda alguna, toda vez que en él se determina que cuando la prestación resultare legal ó físicamente imposible, también queda liberado el deudor de las obligaciones de hacer.

Ya en otras ocasiones tuvimos de ocuparnos de la culpa lata, leve y levísima, de la responsabilidad de los que tienen en su poder una cosa objeto de obligación; y muy principalmente al comentar los arts. 1100, 1136 y 1156 de este mismo Código, se hicieron indicaciones que en relación están con lo prescrito en este art. 1182.

No cabe duda que la obligación que consista en entregar una cosa determinada, se extingue cuando la cosa se pierde ó destruye sin culpa del deudor, y antes de haberse constituido en mora; porque se hace imposible el cumplimiento de la obligación, y porque no siendo culpable de tal pérdida el deudor en cuyo poder estaba, mientras debía estar, no cabe imputabilidad; pero si la cosa se perdiera cuando el deudor se hubiere constituido en mora, entonces ya como que la mora implica la retención indebida de la cosa adeudada, no podría menos de hacerse responsable de su pérdida.

Digitized by Google

Si la pérdida es parcial, el deudor deberá entregar el resto de la cosa debida al acreedor, y los derechos ó acciones que de tal pérdida resultaren.

Algunos Códigos empiezan por determinar que es lo que significa la pérdida de la cosa objeto de la obligación; y entre éstos, el francés, el belga, el holandés y el italiano, vienen á estar conformes en lo esencial, con el nuestro, puesto que previenen que, cuando el cuerpo cierto y determinado de que era objeto la obligación, perezca, quede fuera del comercio ó se pierda de modo que se ignore en absoluto su existencia, quedara extinguida la obligación si la cosa ha fenecido ó se ha perdido sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora.

Precedentes encontramos en las leyes 23.ª y 49.ª, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto; 30.ª del mismo título, lib. 30 del Digesto; 37.ª, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto; 9.ª, tit. 14.º; 27.ª, tit. 5.º; y 4.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª; 29.ª, tit. 23.º, Partida 3.ª; y 6.ª, tit, 14.º, Part. 6.ª; pero muy especialmente en la ley 9.ª, tit. 14, Part. 5.ª.

Tanto el Proyecto de Código Civil de 1851, en el primer apartado de su artículo 1160, como el Proyecto de 1882, en su art. 1199, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en el primer apartado del art. 1302 del Código de Bélgica, primer apartado del art. 1298 del de Italia, párrafo 1.º del art. 1480 del de Holanda, párrafo 1.º del 1302 del de Francia, 2355 del de Guatemala, 1511 del del Uruguay, 1314 del de Bolivia, 2216 del de la Luisiana, 967 del de Vaud, 1447 del de Austria, 1670 del de Chile, 1727 del de Colombia, 1256 del de Nápoles, 1393 del Sardo, 584 del de la República Argentina, 1553 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1183. Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1096.

Lo racional y lógico es que la cosa que se hubiere perdido mientras estuvo en poder del deudor, se presuma perdida por culpa de éste, pues es lo ordinario que el que en su poder tenga una cosa, la sepa conservar sin pérdida alguna ni desmejoramiento; y si lo contrario sucede, justo es que el deudor lo justifique, sin perjuicio de lo que ya se expuso al tratar del art. 1096 de este mismo Código.

A nadie conviene tal probanza como al deudor; por lo tanto él, y sólo él, atendiendo á un principio general establecido en el derecho, debe justificar que la cosa pereció por caso fortuito, caso que todos sabemos libra, en general, al que es víctima del mismo, de toda responsabilidad, porque la fuerza mayor,

Digitized by Google

ó el caso fortuito, no es imputable á nadie. Y por más que algunos hagan ciertos distingos entre la *pérdida* y la *destrucción* de una cosa; y quiera suponerse que la ley no admite presunción de destrucción ni en pro ni en contra del deudor, sí presume que puede haber *pérdida* de la cosa objeto de esta relación jurídica creada por toda obligación; nosotros creemos que para los efectos del caso, son sinónimas las palabras *pérdida* y *destrucción*, y toda frase que indique que aquel objeto del derecho, aquello que sometido estaba al vínculo jurídico establecido por la obligación, ha desaparecido, se ha extinguido, ó ha salido fuera del comercio de los hombres, todo aquello que inutiliza el objeto del derecho, viene á extinguir la obligación de que se hizo objeto, y no se presume, sino que se prueba su destrucción ó pérdida; tanto es así, que en muchos Códigos modernos, como en el holandés, en el francés y en el belga, no se trata solo de cuando el objeto desaparece, sino cuando quede fuera del comercio, ó se pierda de modo que se ignore su existencia; y llevando las cosas á un extremo á donde quizá no debiera extenderse, el célebre Pothier conceptúa que hasta la expropiación de la cosa por causa de utilidad pública, debe conceptuarse como una verdadera pérdida, por cuanto sale del comercio de los hombres por virtud de esa enagenación especial; pero realmente tal expropiación no puede perjudicar al acreedor; del mismo modo que la pérdida de la cosa por fuerza mayor ó caso fortuito, puesto que la expropiación forzosa ha de hacerse prévio pago de su justiprecio é indemnización de perjuicios, y natural es que el deudor de buena fe no espere instigación de nadie para efectuar el abono correspondiente á su acreedor.

Encontramos precedentes en la ley 5.ª, tit. 24, lib. 4.°, del Código romano: *Si non probat manifestis rationibus se perdidisse condemnari debet*; así como en la ley 9.ª, párrafo 4.°, tit. 2.°, del lib. 19 del Digesto; con cuyas disposiciones estaban conformes las leyes 3.ª, tit. 2.°; 20.ª, tit. 13.°; y 15.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª. Y como antecedente de que la prueba de caso fortuito corresponde al deudor, tenemos la ley 19.ª, tit. 23.° del lib. 22, por la que el demandante, *in exceptionibus partibus actoris fungitur easque probare debet*: mientras que las leyes 1.ª y 2.ª, tit. 5.°, lib. 5.° del Fuero Juzgo, se contentaban con el juramento del tenedor de la cosa para justificar que pereció. Al acreedor bástale justificar la legitimidad de su crédito, que es el fundamento de su demanda.

Tanto el Proyecto de 1851, en su art. 1161, como el Proyecto de 1882, en su art. 1200, propusieron preceptos análogos; y concordantes encontramos en el párrafo 3.° del art. 1302 del Código de Bélgica, párrafo 3.° del art. 1298 del de Italia, párrafo 3.° del art. 1302 del de Francia, párrafo 3.° del art. 1480 del de Holanda; 2356 del de Guatemala, 1513 del del Uruguay, 1671 del de Chile, 1730 del de Colombia, y 1556 del de Veracruz-Llave; teniendo alguna analogía con el 579 del de la República Argentina.

Digitized by Google

Art. 1184. También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal ó físicamente imposible.

Este es el artículo en que mas se ve que la sección de que tratamos al presente no se ocupa solo de las obligaciones de dar alguna cosa, sino de la prestación de servicios. Asi es que realmente el epígrafe hubiera sido mas congruente si como en el Código de la República oriental del Uruguay, en él se hubiera expresado *De la imposibilidad del pago* pues éste comprende, lo mismo la dación ó entrega de la cosa debida, que el pago de cantidad ó la imposibilidad de realizar la prestación de los servicios estipulados; pero de todos modos, comprendido como está el caso entre los de la pérdida de la cosa debida, no ha de estrañarnos tal precepto, por cuanto ya digimos al comentar el art. 1116 de éste mismo Código que las condiciones imposibles las contrarias á las buenas costumbres, y las prohibidas por la ley anulan la obligación que de ellas dependan; que implica tanto como preceptuar que la obligación constituida bajo bases imposibles, no puede considerarse establecida, y, que en cuanto la prestación estipulada se hace legal ó físicamente imposible, queda liberado el deudor, porque lo legalmente imposible no puede ser factible, ni física ni metafísicamente, pues ni existe ni tiene razón de ser. Asi lo previene claramente el art. 1510 del Código del Uruguay y el 627 del de la República Argentina. si bien éste al tratar de las obligaciones *de hacer* ó *de no hacer* previene que, si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe volver al acreedor lo que por razón de ella hubiera recibido; viéndose un precepto análogo al de nuestro artículo en la segunda parte del art. 1447 del Código de Austria.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1201 propuso un precepto semejante.

Art. 1185. Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito ó falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, á menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese sin razón negado á aceptarla.

La deuda de cosa cierta y determinada procedente de delito ó falta, no se estingue por la pérdida de la cosa, cualquiera que sea la causa de tal pérdida, por cuanto la cosa hurtada, robada ó estafada jamás puede conceptuarse que legítimamente salió del poder de su verdadero dueño; y por esta razón si el ladrón, el estafador ó el sustractor la pierde, contra él han de recaer los efectos de esa pérdida ó destrucción ó desaparición, pues de lo contrario, con suponer

Digitized by Google

una pérdida, con destruir ó hacer desaparecer la cosa robada, estafada ó hurtada, el criminal lograria sencillamente su objeto de perjudicar al verdadero dueño, y sufriria, con el cinismo mas taimado ó con hipócrita mansedumbre, una pena personal con tal que en lo posible se aprovechara él ó su familia del producto de sus crimenes bajo el supuesto de una pérdida, destrucción fortuita ó desaparición por fuerza mayor. Esto no puede ser, y por ello nuestro Código establece lo mismo que antes habia propuesto ya muy lógica y racionalmente el Proyecto de 1851 en su art. 1162, como luego lo propuso también el Proyecto de 1882 en su art. 1202, y asi lo prescribia la ley 20.ª, tit. 14. Part. 6.ª; como lo prescribió antes el Digesto en sus leyes 20.ª, tit. 1.º, lib. 13; y 19.ª, tit. 16, lib. 43; fijando todos esa excepción del ofrecimiento de la cosa por el criminal si se justificaba haberla rechazado el dueño; pero esto es muy peligroso, porque el ofrecimiento puede hacerse bajo condición de no denunciar el hecho criminoso, puede ser ficticio y pueden concurrir en él circunstancias tales que la aceptación sea denigrante y rebajatoria para el estafado ó para el robado. No hay que poner bajo el mismo nivel al hombre que delinque que al hombre honrado, que, precisamente por su honradez y buena fé, se ve perjudicado por aquel que ingiriéndose en su casa como bueno vendiéndole amistad, y quizá simulando reconocimiento, le estafa ó le hurta; no hay que colocar á la misma altura al hombre noble, que al rastrero criminal: no hay que humanizarse demasiado con los que, sin reparar en medios, atentan contra la humanidad, chupan su sangre y su honra, é hipócritamente cometen todo género de maldades. Los ofrecimientos que estos malvados hacen son siempre ficticios, siempre arteros. Las cosas robadas, hurtadas ó estafadas, no se devuelven de buena fé mas que por los Tribunales de justicia que tienen la suerte de ocuparlas, y saben colocar á los culpables bajo el peso de la ley.

De manera que esa excepción es muy peligrosa, porque se dá en beneficio de los criminales; pues ha de presumirse lógicamente que no hay perjudicado que sistemáticamente se niegue á recibir lo que faltando á la ley se le arrebató ó se le sustrajo, y porque no hay criminal que de buena fé ofrezca la cosa objeto del delito á aquel de cuyo poder jamás debió haber salido. Por ello, pues, apesar de los precedentes ya citados, y apesar de los orígenes de donde tales disposiciones se tomaron, no estamos conformes con la excepción; pues no vemos razón de ser en la misma ni en la ley antes citada de Partida, ni en la ley 8.ª, tit. 1.º, lib. 13 del Digesto, ni en la ley 2.ª, tit. 8.º, lib. 4.º del Código romano; como no hemos estado jamás conformes en que la estafa deje de serlo en cuanto el estafador pague al estafado; pues tales principios son contrarios á la moral desde el momento en que truécanse los términos y parece hacer bueno lo que en sí no puede ser mas que malo.

Concuerdan en lo bueno, ó sea sin la excepción que contrariamos, los últimos párrafos de los arts. 1298 del Código de Italia, 1302 del de Francia,

Digitized by Google

1480 del de Holanda, 1302 del de Bélgica; con los arts. 2357 del de Guatemala, 597 del de la República Argentina, 1514 del del Uruguay, 1676 del de Chile y 1735 del de Colombia; siendo enteramente igual al nuestro el art. 1557 del de Veracruz-Llave, teniendo cierta relación con el art. 1096 de este mismo Código que comentamos, y con los arts. 18 y 121 al 128 del Código penal hoy vigente.

Art. 1186. Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta.

Es de buen sentido el precepto entrañado en este artículo. Si se extingue la obligación por la pérdida de la cosa objeto de la misma, lógico es que correspondan al acreedor *ipso jure* todas las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de dicha pérdida, y de la misma cosa, pues si ésta reapareciese á él le corresponderia; y si el campo debido se hubiera convertido en camino público, justo es que el derecho á la indemnización, ó la indemnización percibida, del acreedor fuese y no del deudor, en cuyo poder nada debe quedar de la cosa debida ni sus consecuencias; pues de lo contrario resultaría enriquecido en perjuicio de su acreedor; y si, cuando la cosa no pereció en su totalidad, debe entregársele el resto, no hay razón alguna para que deje de entregársele ó de traspasársele los derechos y acciones consecuencia de la misma.

Precedentes encontramos en la ley 58, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 46 del Dig., y tanto en el art. 1163 del Proyecto de 1851 como en el art. 1202 del Proyecto de 1882, se propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1303 del Código de Francia, 1299 del de Italia, 1303 del de Bélgica, 1481 del de Holanda, 2358 del de Guatemala, 1677 del de Chile, 1316 del de Bolivia, 1517 del del Uruguay, 2217 del de la Luisiana, 968 del de Vaud, 1736 del de Colombia, 2571 del de Nápoles, 1394 del Sardo y 1556 del de Veracruz-Llave.

SECCIÓN TERCERA.

DE LA CONDONACIÓN DE LA DEUDA.

Art. 1187. La condonación podrá hacerse expresa y tácitamente.

Una y otra estarán sometidas á los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse á las formas de la donación.

Digitized by Google

Esta sección tercera se ocupa de la condonación de la deuda como medio de extinguir una obligación; y á la verdad que nada ha venido á innovar el Código respecto á lo ya prescrito en la ley de Partida. No cabe duda que al constituirse cualquiera obligación se da vida á una relación jurídica por efecto de la cual el *vinculum juris* liga y obliga á las partes, dando lugar á los correspondientes derechos y obligaciones recíprocos y correlativos entre los que la constituyen; por consiguiente, tiene el acreedor un derecho indiscutible que le da acción para obligar al deudor al pago de la deuda; por lo tanto, incuestionable es también que el acreedor que tiene ese derecho pueda renunciarlo, y al renunciar tal derecho, condonar la deuda es lo más natural y lógico.

Quita ó perdón de la deuda llamaban en lo antiguo, ó remisión ó quitamiento, según las Partidas, que equivale al perdón que el acreedor otorga al deudor del todo ó parte de la deuda. La condonación, que algunos equiparan á la donación, puede ser expresa, tácita, judicial, extrajudicial, total y parcial. La expresa, como su mismo nombre indica, es aquella que se hace constar de una manera clara y terminante, por convenio entre los que constituyen la obligación. La tacita es aquella en que sin una determinación expresa se da á entender simbólicamente, entregando el acreedor al deudor el documento en que se acredita la deuda, ó rompiendo conscientemente y con intención de extinguir la obligación el resguardo de la misma. Es judicial la que se concede á instancia del deudor en concurso voluntario de acreedores previos los trámites marcados en los arts. 1130 al 1155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La extrajudicial tiene lugar por convenio entre los interesados. La total cuando se refiere á la condonación de toda la deuda ó en toda su integridad. Y la parcial cuando se refiere á una parte de la obligación.

Respecto de la entidad de la condonación, hay algunos publicistas mantenedores de la idea de que debe tener sus límites como los tiene la donación.

Y hay quien tacha de imprevisor á nuestro Código porque no pone traba alguna á la libertad de condonar, cuando las opuso á la de donar, aplaudiendo el precepto que contiene el art. 1653 del Código de Chile que sujeta la condonación á idénticas reglas que la donación intervivos; pero sin que nosotros ataquemos los sanos y elevados principios sostenidos en el Código chileno, no creemos falta de previsión en nuestro Código, pues precisamente en la sección dedicada á la condonación de la deuda se ponen cortapisas al acto de la liberalidad que á la donación compara; no tratándose aquí mas que de los modos de extinguir las obligaciones, innecesario sería regular lo que regulado está, y falta no hace que aquí se pongan ciertos límites a los actos de liberalidad, cuando la declaración de prodigalidad tiene sus reglas y sus fundamentos, y lo mismo puede apoyarse en donaciones excesivas que en otros actos análogos que no están dentro del común sentir de las gentes; pues evidentísimo es que

Digitized by Google

ante la ley no puede pasar como valedero todo aquello que contra la ley natural se ejecute, todo aquello que la generalidad no hiciera por repugnarlo su conciencia ó el instinto de conservación. Los ataques de ciertos publicistas son infundados, porque precisamente el apartado segundo del art. 1187 que de esta sección comentamos en primer término, viene á decirnos bien claramente que la condonación, expresa ó tácita, estará sometida á los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. Y que la condonación expresa debe, además, ajustarse á las formas de la donación. ¿Cabe más restricción? ¿Ha podido hacer más el legislador para ser lógico y consecuente con los principios que informan su obra? No: lo que hay es, que hay críticos y comentaristas que combaten lo que no han sabido ó no han querido leer.

El art. 1187 que de nuestro Código comentamos, está en perfecto acuerdo con lo prevenido en los arts. 618 al 656 que de las donaciones tratan en el mismo, y con lo que se prescribe en los arts. 870 al 872 que de legados de créditos ó de liberación de deudas se ocupan, y están unos y otros escritos con tan buen sentido, que entendiendo aquéllos, no puede menos de comprenderse éstos de cualquier modo que se lean, pues bien claros aparecen.

Precedentes encontramos en las leyes 14 y 15, tit. 43, lib. 8.° del Código Romano; 24. tit. 3.°, lib. 22; 2.ª, tit. 14, lib. 2.°; 2.ª y 3.ª. tit. 3.°, lib. 34, y 59 de *legatis* del Digesto; 40, tit. 13; 1.ª, 2.ª, 9.ª, tit. 14, Part. 5.ª; 11.ª, tit. 19, Part. 3.ª; siendo lo mas esencial de sus precedentes las leyes 9.ª y 20.ª, tit. 14, Part. 5.ª

Tanto el art. 1141 del Proyecto de 1851, como el art. 1204 del Proyecto de 1882 proponian preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 1279 del Código de Italia, 1282 del de Francia, 1531 del de Veracruz-Llave, 877 del de la República Argentina, 1282 del de Belgica, 2316 del de Guatemala, 1476 y 1477 del del Uruguay, 1474 y 1475 del de Holanda, 1653 del de Chile, 2195 del de la Luisiana, 956 del de Vaud, 815 del de Portugal, 1762 y 1763 del de México, 1648 y 1649 del de la Baja California, 1762 y 1763 del de Campeche, y otros.

Art. 1188. La entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo.

Si para invalidar esta renuncia se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda.

Parece natural que la entrega del documento privado justificante de un crédito, suponga la renuncia de la acción que el acreedor tenía contra el deudor, porque ese documento era precisamente la base, el arma, el argumento

Digitized by Google

de esa acción; pero para ello se hace indispensable que esa entrega sea voluntaria. De manera que el deudor debe probar la entrega del documento por el acreedor, y á éste incumbe, caso necesario, la justificación de que dicha entrega no fué voluntaria, pues por tal se tiene mientras no se demuestre que hubo error, violencia, dolo ó sorpresa. Y no solo es lógico que asi suceda, sino que tambien es razonable lo que previene el segundo apartado de este artículo pues en él se presupone que si puede invalidarse dicha renuncia por inoficiosa, el deudor ó sus herederos podrán sostener su validez probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda.

Esa es la remisión ó condonación tácita de la deuda.

Precedentes encontramos en las leyes 24.ª, tit. 3.º, lib. 22; 2.ª, tit. 14, lib. 2.º; 3.ª, tit. 3,º, lib. 34, y 59.ª de legatis, lib. 3.º del Digesto; 40.ª, tit. 13. y 9.ª, tit. 14, Part. 5.ª; y tanto en la segunda parte del art. 1141 del Proyecto de Código de 1851, como en el art. 1205 del Proyecto de 1882, se propusieron preceptos análogos, teniendo alguna relacion con lo prevenido en el art 636 de este mismo Código en cuanto conceptua que la condonación como la donación no puede ser mas extensa de lo correspondiente á la última voluntad; y en que excediendo de tal medida deberá tenerse por inoficiosa, según ya vino prescribiéndose en la ley 8.ª, tit. 4.º, Part. 5.ª; lo cual está perfectamente conforme con las teorías sentadas por el célebre Pothier, tantas veces citado, en su tratado sobre obligaciones.

Concuerda, ó mejor dicho, tiene analogía, con los arts. 1279 del Código de Italia, 1282 del de Francia, 390 del de Prusia, 2195 del de la Luisiana, 956 del de Vaud, 1282 del de Bélgica, 1290 del de Bolivia. 1531 del de Veracruz-Llave, 878 y 879 del de la República Argentina, 1474 del de Holanda, 1654 del de Chile, 2321 del de Guatemala, 1479 del del Uruguay en su n.º 1.º, 1764 del de México, 1650 del de la Baja California, 1764 del de Campeche, 1713 del de Colombia, y otros.

Art. 1189. Siempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, á no ser que se pruebe lo contrario.

Presunción lógica es la que establece este artículo, pues la tenencia del justificante de la deuda en poder del deudor, no puede implicar otra cosa que la remisión de la deuda ó la perpetración de un delito. De manera, que consecuente el legislador con lo sentado en el artículo anterior, y no probándose la ilegitimidad de la tenencia del justificante de la deuda por el deudor, de tal hecho ha de suponerse la condonación de dicha deuda.

Este precepto es nuevo en nuestra legislación, pues aunque lo propuso el

Digitized by Google

Proyecto de Código de 1851 en su art. 1142, como el de 1882 en su art. 1206, ni lo encontramos en las leyes romanas que en nuestra patria estuvieron vigentes, ni en las leyes de Partida, ni en esas varias disposiciones que formaron hasta el presente nuestro derecho moderno.

Relacionado éste con el artículo anterior, vemos en resumen, que la entrega voluntaria del *vale* por el acreedor al deudor, implica una presunción *juris et de jure* de perdón de la deuda, sin que contra ello quepa prueba en contrario, y que la simple tenencia del *vale* por el deudor solo establece una presunción *juris tantum* de habérselo entregado voluntariamente el acreedor, contra la cual cabe demostración en contrario, pues el perdón, quita, ó condonación de la deuda depende de que la tenencia de aquel *vale* por el deudor sea legítima. Pothier, entre otros, sin dar razones fundamentales para ello, rechazando diversas opiniones de otros juristas, sostiene que la existencia del *vale* ó resguardo en poder del deudor induce la presunción de haber sido entregado espontáneamente por el acreedor, incumbiendo á éste la prueba en contrario; pero en caso de duda debe tenerse en cuenta la textura del deudor, y sus circunstancias todas con relación al acreedor, porque si el deudor es un dependiente, un cajero, un tenedor de libros, un depositario, etc., etc., del acreedor, no es posible mirar de la misma manera la existencia en su poder de aquel justificante de la deuda, que tratándose de una persona cuyas relaciones sociales y jurídicas en general con el acreedor le dan muy distinto carácter á esa misma tenencia de tal documento en su poder.

Relación guarda el precepto que nos ocupa con la sección 6.ª del cap. 4.º de este mismo título que trata de las presunciones, ó sea con los arts. 1249 al 1253 de este Código, y concordancia encontramos en los arts. 1283 del Código de Francia, 1533 del de Veracruz-Llave, 887 del de la República Argentina, 1275 del Sardo, 1479 y 1480 del del Uruguay, 1764 del de México, 2321 del de Guatemala, 1653 del de Chile, 1713 del de Colombia, 1650 del de la Baja California, 1764 del de Campeche, y otros.

Art. 1190. La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera.

Conocido es de todos el principio inconcuso de que lo accesorio sigue á lo principal, siendo absurdo y quimérico lo contrario: por ello pues, la condonación de la deuda principal, no puede menos de extinguir cuantas obligaciones subsidiarias de ella nacen; mientras que la quita y perdón de una obligación subsidiaria ó accesoria no puede ser causa de la extinción de la principal: y esto que en la ley 1.ª, tit. 14, Part. 5.ª, se preceptuó en otra forma, que daba á entender que el perdon concedido al deudor principal aprovecha á los fiadores,

Digitized by Google

puesto que decia, *cuando quitan al debdor la debda fincan libres el é sos fiadores, é los peños*, se venia prescribiendo ya en el Digesto (leyes 23 y 32, tit. 14, lib. 2.°), si bien en alguna de las leyes del mismo, la condonación hecha al fiador libertaba en algunas ocasiones al deudor principal.

El Proyecto de Código de 1851 en la primera parte de su art. 1143, y el de 1882 en su art. 1207 proponian preceptos análogos; hallándose en estrecha relación el que comentamos con los arts. 1146, 1188, 1189, 1191 y 1207 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1287 del Código de Bélgica, 1282 del de Italia, 1287 del de Francia, 1654 del de Chile, 1533 del de Veracruz-Llave, 816 del de Portugal, 960 del de Vaud, 880 del de la República Argentina, 1241 del de Napoles 1378 del Sardo, 1478 del de Holanda, 2318 y 2319 del de Guatemala, 1484 del del Uruguay, 1765 del de México, 1651 del de la Baja California, 1768 del de Campeche, y otros varios.

Art. 1191. Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.

Envuelve el precepto que nos ocupa otra presunción legal que realmente no debe confundirse con la extinción de la deuda, pues puede suceder muy bien que habiendo necesitado el acreedor al constituir la obligación una prenda como garantía de la misma, por no tener confianza en el deudor, ó por considerarla conveniente para su aseguramiento, después de constituida tal obligación y conocidas ya las personas relacionadas juridicamente con motivo de la misma, ha podido conceptuar el acreedor innecesaria aquella prenda antes exigida, y por ello aun cuando el hecho de encontrarse la prenda en poder del deudor, dá á entender la remisión de la obligación accesoria de prenda, ó sea la material garantía del cumplimiento del contrato, no se deduce de ello la extinción de la obligación principal: por esto el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1144 proponia un precepto quizá más claro que el que al presente comentamos, pues prevenia que por la devolución voluntaria de la cosa recibida en prenda, se entiende remitido tácitamente por el acreedor el derecho de prenda, pero no la deuda; y se presumia siempre devolución voluntaria de dicha prenda cuando se encontraba en poder del deudor, salvo prueba en contrario que el acreedor hiciese; y preceptos análogos propuso también el Proyecto de 1882 en su art 1208, siendo de notar que ya la ley 40.ª, tit. 13, Part. 5.ª, prescribia que por la devolución voluntaria de la cosa recibida en prenda se entiende tácitamente remitido por el acreedor el derecho de pagarla, pero no se conceptúa extinguida la deuda.

Otros precedentes encontramos también en las leyes 3.ª, tit. 14, lib. 2.°, y

Digitized by Google

1.ª, párrafo 1.º, tit. 3.º, lib. 34 del Digesto, así como en la 9.ª, tit. 26, lib. 8.º del Código romano; y en relación se halla el artículo que al presente comentamos con todo el capítulo segundo del tit. 5.º de este libro que trata de la prenda, muy particularmente con su art. 1863.

Concuerda con los arts. 1280 del Código de Italia, 1268 del de Francia, 1477 del de Holanda, 1286 del de Bélgica, 836 del de la República Argentina, 959 del de Vaud, 2320 del de Guatemala, 1483 del del Uruguay, 1294 del de Bolivia, 2200 del de la Luisiana, 1240 del de Nápoles, 1377 del Sardo, 1767 del de México, 1653 del de la Baja California, 1767 del de Campeche, 1534 del de Veracruz-Llave, 1713 del de Colombia, y otros; debiendo hacer presente que casi todos ellos, especialmente los cuatro primeros, citados previenen que la entrega de la cosa dada en garantía, no bastará para presumir el perdon de la deuda.

SECCIÓN CUARTA.

DE LA CONFUSIÓN DE DERECHOS.

Art. 1192. Quedará extinguida la obligación desde que se reunan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor.

Se exceptua el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada á beneficio de inventario.

La confusión de derechos de que trata esta sección, tiene su natural asiento en lo que ya dijimos al tratar de las servidumbres, al tratar de la libertad de la propiedad, y de toda división de la misma en sus fraccionamientos de dominio directo y util. Termina toda servidumbre cuando el dominio directo y util se confunden en una misma persona. Se extingue toda obligación, cuando los derechos de aquellos que la constituyeron se confunden, pues nadie puede ser acreedor ó deudor de sí mismo. Reunidos por lo tanto en una personalidad los conceptos antagónicos de acreedor y deudor, se extingue la obligación, desaparece esa relación jurídica que de la misma nació entre la persona obligante y la persona obligada, entre la persona que tiene el derecho de obligar y la persona que tiene la obligación de cumplir lo pactado; porque falta uno de los elementos constitutivos de la obligación, uno de los términos indispensables para la existencia de toda relación jurídica.

Y así lo ha venido sosteniendo el Derecho Romano, como nuestra ley de Partida. *Confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione*: así lo establecía la ley 21.ª, párrafo 1.º, tit 3.º, lib. 34 del Digesto. *Sicut acceptilatio in eum*

Digitized by Google

diem præcedentes peremit actiones, ita et confusio. Nam si debitor hæres creditori; extiterit, confusio hæreditatis peremit petitionis actionem; ley 75.ª, título 3.º, lib. 46 del Digesto.

Pero esta regla general sentada en el primer apartado del art. 1192 que comentamos al presente, tiene su excepción racional y lógica, no absoluta, sino circunstancial, si se nos permite la frase; pues cuando esa confusión tiene lugar en virtud de un título herencial, y la herencia ha sido admitida tan solo á beneficio de inventario, es indudable que como tal aceptación no puede perjudicar en manera alguna, no puede extinguir la obligación mas que cuando del inventario resulte algún beneficio para el heredero, una vez cumplidas las cargas herenciales y reintegrado de la deuda.

El asunto es claro: los principios que entraña son inconcusos y aceptados están por todas las legislaciones; no necesita pues una mayor explicación el artículo que nos ocupa.

Precedentes encontramos no sólo en las disposiciones ya citadas, sino en la ley 95.ª, párrafo 2.º y 107.º del ya citado tit. 3.º, lib. 46 del Digesto; en la ley 50.ª, tit. 1.º, lib. 46 del mismo Digesto, que admite la confusión parcial, *pro ea parte, qua succeditur*; en la ley 8.ª, tit. 6.º, Part. 6.ª, y en la ley 22.ª, párrafo 9.º, título 30.º, lib. 6.º del Código romano.

El Proyecto de Código de 1851 en sus arts. 1156 y 1157; y el de 1882, en su artículo 1209 propusieron preceptos análogos; guardando alguna relación con diversos preceptos de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1296 del Código de Italia, 1300 y el 1209 en relación con el 802 del de Francia, 144 del de Suiza, 1300 del de Bélgica, 1445 del de Austria, 1665 y 1669 del de Chile, 796 y 800 del de Portugal, 965 del de Vaud, 1724 y 1728 del de Colombia, 862 y 863 del de la República Argentina, 476 del de Prusia, 2214 del de la Luisiana, 1311 del de Bolivia, 1391 y 1023 del Sardo, 1254 y 719 del de Nápoles, 1472 y 1078 del de Holanda, 1322 y 1325 del de Guatemala, 1505 y 1508 del del Uruguay, 1714 y 1718 del de México, 1548 al 1550 del de Veracruz-Llave, 1599 y 1603 del de la Baja California, 1714 y 1718 del de Campeche, y otros; debiendo hacer presente que aun cuando la mayor parte de los Códigos modernos extienden á dos artículos los preceptos contenidos en el que de nuestro Código comentamos, y aun que parecen idénticos en su esencia la mayor parte de los citados, los más parecidos entre si son los artículos de los Códigos de Francia, Bélgica, Italia y Prusia; habiéndose sentado en el Tribunal de Casación francés doctrina muy severa y lógica sobre este extremo, en varias sentencias, principalmente en las de 19 Diciembre de 1838, 14 Noviembre de 1853, y 17 Diciembre de 1858, diferenciando perfectamente la diferente procedencia de la confusión, pues según la primera, para que por este medio se extinga un crédito, no basta que el deudor de dicho crédito adquiera la nuda propiedad, sino que ha de adquirir la plena propiedad del mismo; mientras que en la segunda

Digitized by Google

se establece, que el legado hecho por el marido á su mujer, y cuya entrega no ha pedido ésta, no es un simple crédito que se extingue por la confusión en la persona de los herederos comunes de ambos cónyuges: y análogas diferencias sienta el último de los mencionados fallos.

Iguales entre sí son los preceptos citados de los Códigos de México, Campeche y Baja California; siendo de notar que el Código de Veracruz-Llave en los tres artículos citados viene á determinar: 1.°, que ninguno puede ser deudor ó acreedor de sí mismo; 2.°, que cuando se reunan en una misma persona la calidad de deudor y la de acreedor, hay confusión de derechos, y quedan extinguidos el crédito y la deuda, y 3.°, que no hay confusión cuando concurrieren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor por título de herencia si ésta se aceptó á beneficio de inventario. Mientras que los arts. 1505 y 1508 del del Uruguay nos dicen que habrá confusión cuando se reunan en una misma persona, sea por herencia ó por otro suceso legal, dos calidades incompatibles cuyo concurso haga imposible la obligación. Si ésta fuere principal, se extinguirán con ella todos sus accesorios. Los créditos y deudas del heredero que acepta con beneficio de inventario, no se confunden con las deudas y créditos hereditarios.

Art. 1193. La confusión que recae en la persona del deudor ó del acreedor principal, aprovecha á los fiadores. La que se realiza en cualquiera de éstos no extingue la obligación.

Desde el momento en que recuerden nuestros lectores lo que tan repetidas veces hemos expuesto, no podrá dudarse de lo inconcuso de los preceptos que este artículo entraña, y por consiguiente, es innecesario todo comentario al tener presente, que lo accesorio sigue á lo principal, y jamás esto se atempera á lo accesorio. Por ello, extinguida la obligación principal ó la del deudor, no puede subsistir la accesoria de fianza ú otra análoga, y por eso mismo la extinción de la accesoria no envuelve ni envolver puede á la principal.

Precedentes encontramos en las leyes 21.ª, párrafo 3.°; 38.ª, párrafo 1.°; 50.ª y 71.ª, tít. 1.°, lib. 46 del Digesto; 2.ª, tít. 8.°, lib. 33; 43.ª, tít. 3.°, lib. 46 del Digesto, y la 129.ª, párrafo 1.° *de regulis juris*; encontrándose en relación con los arts. 1835, 1839, 1847 y 1848 de este mismo Código.

Tanto el Proyecto de 1851, en su art. 1158, como el de 1882, en su art. 1210 propusieron preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 1301 del Código de Francia, 1297 del de Italia, 1301 del de Bélgica, 797 y 798 del de Portugal, 1725 del de Colombia, 1473 del de Holanda, 1666 del de Chile, 2324 del de Guatemala, 1253 del de Nápoles, 2215 del de la Luisiana, 1392 del Sardo, 497 del de Prusia, 1312 del de Bolivia, 966 del de Vaud, 1506 del del Uruguay, 865 del de, la República Argentina, 1551 del de Veracruz-Llave, 1715 y 1716 del de México 1600 y 1601 del de la Baja California, 1715 y 1716 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

Art. 1194. La confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor ó deudor en quien concurran los dos conceptos.

Evidente es que la confusión no puede extinguir la deuda mancomunada más que en la porción correspondiente al acreedor y al deudor en quienes la confusión de derechos y obligaciones se opere. El precepto es tan justo como equitativo; la confusión no puede menos de producir sus efectos en cuanto á la parte en que necesariamente tiene lugar: pero no debe extenderse á más, ni debe destruir los efectos de la mancomunidad de la obligación en la parte en que no se reunen los conceptos de acreedor y deudor. Ya se supongan dos ó más deudores mancomunados y un solo acreedor, ya dos ó más acreedores y un solo deudor, en cualquiera de estos casos, puede tener lugar la confusión de derechos y obligaciones respecto de unos y no respecto de los demás, ó bien con relación á todos, lo cual será más difícil ó ménos frecuente, en cuyo caso la obligación se extinguiría por completo.

Francisco, Gregorio y Manuel deben mancomunadamente 24 cubas á Pedro. Este hereda á Francisco, ó Francisco hereda al Pedro; claro está que en tal caso habrá confusión entre los derechos y obligaciones del Francisco y del Pedro en 8, sin que por esto deje de subsistir la eficacia de la mancomunidad contra Gregorio y Manuel en cuanto á las otras 16 cubas, pudiendo reclamarlas el acreedor de los otros dos deudores, ó viceversa, quedando libre la acción de reclamar á cada uno de los restantes deudores con quienes no hubiere tal confusión; sucediendo lo mismo con relación á los fiadores de cada uno de los deudores, pues quedará libre aquel fiador que hubiere presentado el deudor en quien tuvo lugar la confusión, pero no los demás.

Precedentes encontramos en la ley 71.ª, tit. 1.°, lib. 46 del Digesto, y casi idénticos preceptos propusieron el Proyecto de 1851, en su art. 1159 y el de 1882, en su art. 1211.

Concuerda con los arts. 1209 y párrafo 3.° del 1301 del Código de Bélgica, párrafo 3.° del 1297 del de Italia, 1209 y párrafo 3.° del 1301 del de Francia, 799 del de Portugal, 2095 del de la Luisiana, 1162 del de Nápoles, 905 del de Vaud, 1299 del Sardo, 1324 y párrafo 3.° del 1473 del de Holanda, 1552 del de Veracruz-Llave, párrafo 3.° del 1506 del del Uruguay, 1668 del de Chile, 866 del de la República Argentina, 2323 del de Guatemala, 1717 del de México, 1602 del de la Baja California, 1717 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

SECCIÓN QUINTA.

DE LA COMPENSACIÓN.

Art. 1195. Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.

El tecnicismo de la palabra es más que suficiente para darse cuenta de lo que esta sección quinta abarca, de lo que la compensación significa, y de los efectos que necesariamente la misma ha de surtir.

No hemos de expresar aquí lo que en buen español compensar quiere decir, pues dice lo que dice, y no significa otra cosa que lo que forzosamente tiene que significar.

La compensación, según la ley 20.ª, tit. 14, Part. 5.ª, es una manera de extinguir las obligaciones, ú *otra manera de pagamiento porque desata la obligación de la debda* que se verifica cuando dos personas reunen el carácter de acreedores y deudores recíprocos en iguales cantidades para que sea total, pues la parcial no extingue obligación, sino que la amengua ó la cercena; es, como algunos dicen, una especie de permuta de deudas que si se declara en juicio se llama judicial, y si se realiza particularmente se denomina privada.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, 3.ª y 23.ª, tit 2.º, lib. 16; 4.ª, tit. 4.º, lib. 20 del Digesto, y ley 2.ª, tit. 14, Part. 5.ª; viéndose preceptos análogos en el art. 1122 del Proyecto de 1851, y en el art. 1212 del Proyecto de 1882.

Concordancias vemos en los arts. 1289 del Código de Francia, 1285 del de Italia, 1289 del de Bélgica, 818 del de la República Argentina, 765 del de Portugal, 1438 y 1439 del de Austria, 2203 del de la Luisiana, 961 del de Vaud, 1243 del de Nápoles, 1380 del Sardo, 1297 del de Bolivia, 1513 del de Veracruz-Llave, 1461 del de Holanda, 300 del de Prusia, 1655 del de Chile, 1714 del de Colombia, 2326 del de Guatemala, 1458 del del Uruguay, 1684 del de México, 1570 del de la Baja California, 1684 del de Campeche, y otros; la mayor parte de los cuales coinciden en su espíritu y letra, siendo los más semejantes entre sí los de Francia, Bélgica, Holanda é Italia; pero todos vienen á significar una misma idea, empezando el de Guatemala por definir la compensación como el descuento de una deuda por otra, entre dos sugetos recíprocamente acreedores, mientras que el derecho romano la definia *Compensatio est debiti et crediti (mutui) inter se contributio*; la Ley de Partida la consideraba como *Descuento de un debdo con otro*; y algún publicista, como Zachariæ, la define diciendo que es la extinción de dos obligaciones recíprocas que se pagan la una por la otra hasta la concu-

Digitized by Google

rrencia de sus cantidades respectivas entre personas que son deudoras la una de la otra.

Pero no sólo hay conformidad de principios en casi todos los Códigos modernos acerca de la compensación, sino que el Código napoleónico sustentaba las mismas teorías y tanto el Tribunal Supremo de Justicia español como el Tribunal de Casación francés, mantienen doctrinas análogas. Así vemos que, las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo con fechas 23 Noviembre de 1859, 17 Marzo 1860, 27 Octubre de 1860 y otras varias, deciden que la compensación hecha con aplicación á determinadas obligaciones, no puede aplicarse á otras; que la de 17 Diciembre de 1864 resuelve que para que un crédito sea compensable con otro, es preciso que sea líquido; en las de 15 Enero de 1867, 14 Mayo de 1867, 18 de Mayo y 18 de Julio de 1869, 30 Diciembre de 1870 y muchas más se determina que no cabe compensación cuando no existe un crédito bastante con que poder extinguir la obligación que se quiera compensar; siendo importantísimas también las de 7 Marzo de 1873, 1.° Julio de 1875, 17 Abril de 1876, 5 Febrero de 1881, etc., etc.

Del Tribunal de Casación francés tenemos á la vista también importantísimas sentencias, entre otras, la de 26 Julio de 1852, la de 14 Marzo de 1854, la de 9 Julio de 1860, según la que (esta última) no cabe compensación entre una deuda del quebrado que ya haya vencido y un crédito á su favor que sea exigible después de la quiebra; y otras.

Art. 1196. Para que proceda la compensación es preciso:

1.° Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea á la vez acreedor principal del otro.

2.° Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, ó, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

3.° Que las dos deudas estén vencidas.

4.° Que sean líquidas y exigibles.

5.° Que sobre ninguna de ellas haya retención ó contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

Señala este artículo cinco requisitos para que la compensación se conceptúe procedente, y aunque en los Proyectos de Código algo se propuso en términos análogos, muy especialmente en el art. 1213 del de 1882, nunca había aparecido precepto tan claro y evidente, reglas que más expresivamente determinaran las circunstancias indispensables de la compensación, mucho más si se compara con las dispersas prescripciones del Código romano, del Digesto, de

Digitized by Google

la Instituta, y con lo propuesto en los arts. 1124, 1125 y 1132 del Proyecto de 1851.

Las reglas del artículo que comentamos no pueden ser más claras, ni expuestas aparecen con más orden, con mejor método y más lógicamente en ningún cuerpo de derecho antiguo ni moderno.

Figura en primer término como requisito *sine qua non*, como indispensable circunstancia para que la compensación sea procedente, que cada uno de los obligados lo esté principalmente, es decir, que en las relaciones jurídicas establecidas y acerca de las que se intente la compensación, sean los que las constituyeron en primer término, partes principales cuyas voliciones vinieron á determinar aquellas obligaciones; y que á la vez coincidan en su calidad de acreedor.

Viene en segundo término la condición de que ambas deudas consistan en dinero; porque es realmente cuando tiene lugar la verdadera compensación; pues si Juan debia á Pedro cien duros, y luego Pedro contrae una deuda de cien duros para con Juan, la compensación no puede ser más evidente; como existirá también cuando consistiendo en cosas fungibles las debidas sean de la misma especie y calidad *ejusdem naturæ et calitatis*; pues teniéndose por pago la compensación, requerir debe los mismos términos hábiles; así es que si en las cosas fungibles no basta para el pago otro tanto de la misma especie, sino de la misma calidad, igual especie y calidad han de menester para la compensación.

Que las dos deudas estén vencidas, por la razón sencilla de que si la una venció y la otra depende de una condición ó de un término, no se hallarian en las mismas circunstancias, y para que la compensación tenga lugar han de hallarse las obligaciones compensadas en idénticas condiciones.

Que sean líquidas y exigibles; por las mismas razones que dejamos indicadas, porque una deuda líquida y otra deuda iliquida no se hallarian en las mismas circunstancias que es lo que precisamente caracteriza la compensación;lo cual confirma la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia en sus sentencias de 18 Junio 1869, 1.° Julio de 1875, 17 Abril de 1876 y 5 Febrero de 1881, aplicando varias leyes de Partida, especialmente la ley 21, título 14, Partida 5.ª

Y en quinto lugar se exige, que ninguna de las obligaciones objeto de compensación se halle sujeta á retención ó contienda, promovida por tercera persona y al deudor notificada, pues no sólo lo que está *sub judice* no puede ser objeto de compensación por su propia situación, sino porque lo litigioso no puede ser cierto.

Precedentes encontramos en las leyes 4.ª y 8.ª, tit. 31, lib. 4.° Cód. Rom.; 7.ª y 10 á la 12, tit. 2.°, lib. 16; 13, tit. 1.°, lib. 20; 2.ª, tit. 1.°, lib. 12 del Dig.; 20 y 21, tit. 14, Part. 6.ª

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1291 y 1298 del Código de Bélgica, 1287 y 1294 del de Italia, 1291 y 1298 del de Francia, 1299 y 1309 del de Bolivia, 2205 y 2212 del de la Luisiana, 313 del de Prusia, 1656 del de Chile, 131 del de Suiza, 1245 y 1252 del de Nápoles, 1382 y 1389 del Sardo, 1463 y 1470 del de Holanda, 1438 y 1439 del de Austria, 765 del de Portugal, 1460 del del Uruguay, 2328 del de Guatemala, 819 y 820 del de la República Argentina, 1686 al 1690 del de México, 1573 al 1577 del de la Baja California, 1686 al 1690 del de Campeche, 1515 y 1516 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1197. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere á su deudor principal.

Viene á establecerse una excepción, en el precepto que acaba de consignarse, á las reglas generales anteriormente sentadas, por cuanto el fiador no pudiendo estar obligado á más de lo que puede ser condenado el deudor principal, ha de procurar que su responsabilidad subsidiaria termine por cuantos medios legales tenga á su alcance; y nadie puede dudar que si el fiador conoce que el acreedor de la persona por quien él se obligó subsidiariamente se hace á la vez deudor de dicha persona, está en lo justo al solicitar que se compensen las deudas que acreedor y deudor mútuamente se tuvieren para evitar de este modo la responsabilidad subsidiaria que contrajo al constituirse en fiador de aquel que puede solventar la deuda sin más que la compensación de la misma por el crédito que contra su acreedor tuviere. Este precepto está en perfecta conformidad con el que entraña el art. 1853 del mismo Código; tiene sus precedentes en las leyes 4.ª y 5.ª, tit. 1.°, lib. 16; 10.ª, tit. 2.°, lib. 45 del Digesto, y 24, tit. 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1127 y el Proyecto de 1882, en su art. 1224 propusieron preceptos análogos; y concordancias encontramos en el art. 1290 del Código de Italia, 1294 del de Francia, 772 del de Portugal, 1294 del de Bélgica, 2208 del de la Luisiana, 829 del de la República Argentina, 1466 del de Holanda, 1248 del de Nápoles, 1385 del Sardo, 2333 del de Guatemala, 1464 del del Uruguay, 1698 del de Mexico, 1583 del de la Baja California, 1698 del de Campeche, 1518 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1198. El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor á favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la con-

Digitized by Google

sintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores á ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores á ella y de los posteriores hasta que hubiere tenido conocimiento de la cesión.

Son varios los preceptos que contiene este artículo en el que se determina perfectamente cuanto ocurrir puede respecto de la cesión de crédito con relación á la compensación; y son tan lógicos que su sola lectura se adapta bien al criterio de todos y los hace comprensibles, pues es evidente que si el deudor consiente la cesión de derechos hecha por su acreedor á un tercero se verifica una verdadera novación de contrato, de la cual nos ocuparemos en la sección siguiente, que tiene que cambiar los términos de la relación jurídica antes constituida, y por consiguiente, aun cuando llegare un dia en que después de la cesión consentida adquiriese un crédito contra aquel acreedor que cedió el suyo á un tercero no podrá oponer la compensación contra su nuevo acreedor ó sea contra el cesionario, pues para ello seria necesario que el deudor obtuviere un crédito contra su nuevo acreedor, no sirviéndole de nada los que adquiriese contra el primer acreedor porque desde que tuvo lugar la cesión consentida quedó rota y sin valor alguno la relación jurídica entablada con aquél, y suplida fué por la nuevamente establecida entre el deudor y el nuevo acreedor ó sea el cesionario.

El segundo extremo que contiene este artículo entraña otro principio que no es menos lógico, desde el momento en que se admite por el legislador y se previene por la ley que para que la cesión ó traspaso de derechos surta todos sus efectos civiles, se hace indispensable sea notificada en forma al deudor. De manera que bajo esta base se comprende perfectamente lo que acabamos de exponer con relación al deudor que consiente la cesión de derechos hecha por su acreedor, y se desprende como consecuencia lógica lo que este segundo apartado del artículo que comentamos preceptúa, pues si el acreedor hizo saber la cesión al deudor, y éste no la consintió, como ninguno puede ser compelido á entablar relaciones jurídicas contra su voluntad con personas distintas de aquellas á quien su volición se incline, de aquí el que la cesión no se comceptúe valedera para los efectos de la compensación relativamente á las deudas contraidas con anterioridad á dicha cesión; pero como por otro lado, ningún deudor puede impedir que el acreedor ceda sus derechos á un tercero, de aquí el que la compensación cabe en este caso relativamente á las deudas posteriores á la dicha cesión no consentida por el deudor.

En cuanto al tercer extremo, ó sea en el caso de que la cesión se realice sin

Digitized by Google

conocimiento del deudor, éste puede oponer la compensación de los créditos anteriores á la expresada cesión y de los originados con posterioridad hasta que tuviere conocimiento de ella; pues realmente la relación jurídica que se modifica sin conocimiento de todas las partes que la constituyeron y principalmente sin que el deudor la conozca, en nada puede obligar á éste, conservando por lo tanto todos los derechos y acciones que tuviere antes y después de su realización y hasta que llegare á su conocimiento.

Precedentes encontramos en las leyes 143 y 177 de *Regulis juris*, y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1128 como el art. 1215 del Proyecto de 1882 propusieron preceptos análogos.

Concordancias encontramos en los arts. 1295 del Código de Bélgica, 1291 del de Italia, 1295 del de Francia, 2209 del de la Luisiana, 1249 del de Nápoles, 1466 del del Uruguay, 1386 del Sardo, 773, 774 y 777 del de Portugal, 2331 del de Guatemala, 1467 del de Holanda, 1659 del de Chile, 826 del de la República Argentina, 1519 del de Veracruz-Llave, 1700 al 1702 del de México, 1585 al 1587 del de la Baja California, 1718 del de Colombia, y 1700 al 1702 del de Campeche; siendo de notar que mientras los Códigos francés, holandés, belga é italiano, en los artículos de los mismos citados se ocupan exclusivamente de los dos primeros extremos que entraña el que de nuestro Código comentamos, los artículos que acaban de citarse de los Códigos de Veracruz-Llave, México, Campeche y Baja California contienen preceptos enteramente iguales á los que entraña el artículo que de nuestro Código nos ocupa, siendo en esto también muy semejantes los ya indicados del Código de Portugal.

Art. 1199. Las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse mediante indemnización de los gastos de transporte ó cambio de lugar del pago.

Admitida la teoría de la compensación no ha de servir ésta para perjudicar á ninguno de los contratantes, y por ello es justo y equitativo cuanto se preceptúa en el artículo que acabamos de consignar sin que quepa comentario sobre el mismo, pues tal es la claridad de su redacción y la sencillez de sus preceptos que no pueden dar lugar á la menor duda en su aplicación.

Precedentes tiene el artículo que nos ocupa en la ley 15.ª, tít. 2.°, lib. 16 del Digesto; y ya los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 1130 y 1216 contenían la misma literal disposición del art. 1199 que nos ocupa.

Tiene concordancias con los arts. 1296 del Código de Francia, 1387 del Sardo, 1250 del de Nápoles, 1468 del de Holanda, 2210 del de la Luisiana, 1292 del de Italia, 1306 del de Bolivia, 776 del de Portugal, 821 del de la República Argentina, 1664 del de Chile, 2335 del de Guatemala, 1467 del del Uruguay, 1703 del de México, 1588 del de la Baja California, 1703 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

Art. 1200. La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito ó de las obligaciones del depositario ó comodatario.

Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito.

El precepto de este artículo es una excepción ineludible por razón de la clase de deudas que realmente no son personales, pues el depositario que como tal es deudor de una cosa, no puede compensar aquéllo con créditos propios que tuviere contra el acreedor del depósito. De manera que, más que el privilegio que algunos suponen en estas obligaciones, se ve la imposibilidad de la compensación, porque realmente no se reunen bajo las mismas condiciones en una sola persona, derechos y deberes reciprocos; así es, que la cosa depositada ó dada en comodato, debe ser considerada en poder del depositario ó comodatario como si no hubiere salido del dominio del propietario, y por ello, todo lo que el depositario y comodatario hiciere sin que facultades tuviese para hacer, es nulo y de ningún valor; por eso el retener la cosa el depositario más allá de los límites del depósito, ni aun bajo el pretexto de una compensación, equivaldria á cometer un verdadero acto de despojo. Y así como el que despoja á otro de una cosa, no puede, so pretexto de ningún género, retener la cosa objeto de la usurpación, robo, estafa, ó hurto, del mismo modo el depositario no puede verificar dicha retención de lo que se le hubiere entregado en depósito bajo la base de una compensación.

El segundo estremo del artículo que comentamos tiene otra razón de ser, y es la de que ciertas prestaciones no pueden demorarse bajo concepto alguno porque afectan á la existencia de determinadas personas, y sujetando á compensación los alimentos debidos por título gratuito, sobre privar del sostenimiento al que de tales alimentos gozaba, vendria á operarse un verdadero embargo de aquello que no está sujeto á traba, y surtiria los deplorables efectos de tal embargo la compensación, haciendo ilusorio cuanto el hombre y la ley puedan disponer acerca de los alimentos: y tanto es así, que los alimentos señalados por donación ó en testamento se deben desde que la donación se hizo ó desde que murió el testador, y se abonan por adelantado sin que quepa contra ellos embargo alguno ni pueda deducirse periodo de tiempo desde su señalamiento á una época determinada, de lo cual nos ocupamos ya anteriormente; y solo con recordar la relación que tiene con los artículos 142, 143 y 879 de este mismo Código, y con estudiar lo que se preceptúa en los arts. 1740, 1749 al 1748, y 1766 al 1778 del mismo, se convencerá cualquiera de la razón de ser del artículo que comentamos, que tan íntimamente relacionado se encuentra con los que acaban de citarse.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 14.ª, tit. 31; 4.ª, tit. 23, lib. 4.º, párrafo 3.º, tit. 12, lib. 2.º, del Código romano; 10, párrafo 2.º, tit. 2.º lib. 16 del Digesto; 5.ª, tit. 3.º, y 27, tit. 14, Part. 5.ª; y análogos preceptos proponian el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1126 y el de 1882 en su art. 1217.

Concordantes vemos en los arts. 1289 del Código de Italia, 1293 del de Bélgica, 1662 del de Chile, 962 del de Vaud, 1470 y 1471 del del Uruguay, 1303 del de Bolivia, 363 366 y 370 del de Prusia, 1410 del de Austria, 2207 del de la Luisiana, 2332 del de Guatemala, 824 y 825 del de la República Argentina, 1465 del de Holanda, 1691 del de Mexico en los párrafos 3.º y 5.º, 1577 del de la Baja California en sus párrafos 3.º y 5.º, 1691 del de Campeche, 1517 del de Veracruz-Llave, y otros; siendo iguales entre si en esto los Códigos francés, belga, italiano y holandés, como lo son el mexicano, el de la Baja California y el de Campeche; hallándose conformes la mayoria con la ley 27.ª, tit. 14, Part. 5.ª; en que no puede oponerse compensación al alimento ni tampoco á lo mandado pagar por sentencia judicial, ni por razón de delito con lo que el agraviado debiese al delincuente; en que según la ley 26 del mismo titulo y Partida no son tampoco compensables las deudas á favor del Estado, ni las procedentes de concordato, según ley 9.ª tit. 2.º, Partida 5.ª En Aragón, según el Fuero 1.º de Depósito, no son compensables las procedentes de despojo y depósito.

Art. 1201. Si una persona tuviere contra sí varias deudas compensables, se observará en el orden de la compensación lo dispuesto respecto á la imputación de pagos.

Refiriéndose como se refiere este articulo á lo que sobre la imputación de pago expusimos al comentar los arts. 1172 al 1174 de este mismo Código, poco ó nada podremos decir acerca del orden de compensación de diversas deudas, pues seria repetir lo ya expresado y las reiteraciones inútiles á nada conducen. *Quia compensatio pro solutione, est.*, según dice la ley 4.ª, tit. 31, libro 4.º del Código romano; ó porque, como expresa la ley 20.ª, tit. 14, Part. 5.ª, siendo la compensación *otra manera de pagamiento* seguirse debe en ella las mismas reglas del pago.

Tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1131, como el de 1882 en su art. 1218 propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los articulos 1293 del Código de Italia, 1297 del de Francia, 2936 del de Guatemala, 1521 del de Veracruz-Llave, 770 del de Portugal, 1663 del de Chile, 1469 del de Holanda, 1468 del del Uruguay, 2211 del de la Luisiana, 1251 del de Nápoles, 1388 del Sardo, 1694 del de México, 1580 del de la Baja California, 1694 del de Campeche, 1722 del de Colombia y otros; todos los cuales son casi idénticos en su esencia y hasta en su redacción.

Digitized by Google

Art. 1202. El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores.

Al comentar el art. 1195, primero de esta sección, digimos lo que por compensación debe entenderse, y significamos sus efectos. Allí dimos la definición romana, la de Partida y las que algunos publicistas presentan como comprensivas de los elementos integrantes de toda compensación, y allí citamos un artículo de uno de los Códigos mas notables del mundo, el 818 del de la República Argentina, cuya segunda parte comprende perfectamente los efectos de la compensación: *ella extingue*, dice, *con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron á coexistir*; y esto mismo viene á decir el art. 961 del de Vaud, aunque no con tanta expresión y tan gráficamente como el argentino.

Desde que *ipso jure*, ó por disposición legal, tiene lugar la compensación, surte todos los efectos de verdadero pago, y aunque una de las deudas produjere intereses y otra no, cesarán aquéllos desde la compensación, como cesa la claúsula penal cuando la compensación es de la totalidad de la deuda, si bien para que aproveche la compensación se ha de alegar y probar; pero una vez justificada, demostrada su existencia, sus efectos se retrotraen al tiempo en que tuvo lugar por la sola disposición de la ley.

No hemos de citar aquí textos del Código romano, del Digesto y de las Partidas, conocidos de todos, olvidados de los más, é innecesarios hoy, porque á nada conduce alardear de su conocimiento, y confusión produce la transcripción de lo que ya no se conserva en vigor. Basta y sobra con saber que encontramos precedentes del art. 1202 que de nuestro Código comentamos en la ley 4.ª, tit. 31, lib. 4.º del Código romano; en la ley 4.ª, tit. 4.º, lib. 20, y 19.ª, tit. 12, lib. 40 del Digesto; y en la ley 20.ª, tit. 14, Part. 5.ª, y que, de conformidad con lo que prescriben los arts. 144 de la ley Hipotecaria (arts. 158 de la de Cuba y 152 de Filipinas y Puerto-Rico), y 111 del Reglamento para su ejecución, toda compensación que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una nueva inscripción, de una cancelación parcial ó total, ó de una nota marginal, según los casos.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 1123 (digan lo que quieran en contrario algunos publicistas), propuso un precepto idéntico al del art. 1202 que de nuestro Código nos ocupa al presente, como el art. 1219 del Proyecto de 1882; y concordancias vemos en los arts. 1290 del Código de Francia, 1286 del de Italia, 1290 del de Bélgica, 1656 del de Chile, 1438 y 1439 del de Austria, 1298 del de Bolivia, 961 del de Vaud, 2204 del de la Luisiana, 1381 del Sardo, 301 del de Prusia, 1244 del de Nápoles, 1462 del de Holanda, 768 del de Portugal, 2327

Digitized by Google

del de Guatemala, 1514 del de Veracruz-Llave, 1459 del del Uruguay; párrafo 2.° del 818 del de la República Argentina, 1715 del de Colombia, 1685 del de México, 1571 del de la Baja California, 1695 del de Campeche, y otros, siendo de notar que los de Bélgica, Francia, Holanda é Italia son iguales en la teoria que nos ocupa; que igual identidad entre si vemos en los Códigos de México, Campeche y Baja California; que el de Veracruz-Llave es lo mismo esencialmente que el nuestro, que el articulo citado del del Uruguay es notabilisimo por su expresión como el de la República Argentina, y que el art. 1290 del de Francia, no solo ha servido de norma al holandés y al belga, sino que sus inconcusos principios influyeron admirablemente en la mayor parte de los Códigos modernos, y la doctrina sentada por el Tribunal de Casación de aquel pais en varias sentencias establece que una vez verificada la compensación, extingue los dos créditos de tal modo, que no son ya susceptibles de reaparecer uno sin otro.

SECCIÓN SEXTA.

DE LA NOVACIÓN.

Art. 1203. Las obligaciones pueden modificarse:
1.° Variando su objeto ó sus condiciones principales.
2.° Sustituyendo la persona del deudor.
3.° Subrogando á un tercero en los derechos del acreedor.

Trata esta sección sexta de la novación, como una de las maneras de extinguir las obligaciones, aunque realmente en el primer articulo de dicha sección, solo se indique que es una de las maneras de modificarse las obligaciones; y sobre tal asunto pudiera escribirse tanto, y tanto pudiera argüirse, que, consignando todo lo que se agolpa á nuestra imaginación sobre el particular, quizá nos llegariamos á hacer confusos, lejos de aclarar conceptos, que es la verdadera misión del comentarista.

Antes de empezar á ocuparnos de los modos de efectuarse la novación, hemos de exponer algo acerca de lo que es novar una obligación, y sin que creamos que todas las definiciones que se dan de la novación son técnicas y claras, ni mucho menos reunen las condiciones que debe tener toda definición, hemos de traer aquí el recuerdo siquiera de la definición romana, que con tanta concisión como expresivamente se hacia en el Digesto, indicando también algo de lo que ante nuestro Código Alfonsino significaba esa novación.

Según la ley 1.ª, tít. 2.°, lib. 43 del Digesto: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem transfusio adque translatio*; y según la ley 15.ª, tit. 14.°, Part. 5.ª: «Novación ó renovamiento, es la transforma-

Digitized by Google

ción de una obligación en otra nueva.» Mas como la novación puede tener lugar bien cambiando las personas de los obligados, acreedor ó deudor; bien variando las condiciones del contrato ó de la obligación; de aquí el que nosotros creamos que pudiera definirse perfectamente la novación diciendo que es la transformación ó modificación de una obligación en otra, bien por el cambio ó sustitución del deudor, bien por la sustitución del acreedor, ó bien por la variación de algún elemento sustancial ó integrante de la obligación misma. De este modo la definición comprendería todos los elementos que constituyen la novación, y se daría á entender de un modo claro y preciso, cuál es la importancia y cuales son las consecuencias de esa trascendental transformación que operarse puede en toda relación jurídica. También pudiera definirse la novación diciendo que es un contrato, en virtud del cuál, las partes interesadas en otro anterior, lo alteran y extinguen sujetándolo á distintas condiciones ó plazos, sustituyendo una nueva deuda á la antigua ó una de las personas que concurrieron á constituir aquella relación jurídica, ó haciendo cualquier otra modificación sustancial que demuestre de un modo expreso, claro y terminante la intención de novar, extinguiendo la primitiva obligación.

De los varios Códigos que tenemos á la vista, no todos siguen el mismo sistema, pues mientras son pocos los que la definen, son muchísimos, la mayoría, los que la clasifican y expresan la manera de efectuarse dicha novación, y no faltan publicistas que aseguren, hasta cierto punto con razón, que la novación de obligaciones no siempre las extingue, sino que simplemente las modifica; así sucede cuando una obligación pura se convierte en condicional, pues realmente subsiste la relación jurídica y queda en el mismo estado que la primitiva, si llega á faltar la condición impuesta en la novación ó cuando la condición se cumple.

Hay sin embargo Códigos que definen la novación en términos tales, que no podemos excusarnos de transcribirlos. La novación, según el art. 801 del Código de la República Argentina, es simplemente la transformación de una obligación en otra; según el art. 1486 del del Uruguay, la novación es la sustitución de una nueva obligación á la antigua que queda extinguida; según el art. 2337 del de Guatemala, la novación es un modo de extinguir una obligación existente quedando otra nueva. Y si examinando vamos las distintas definiciones que de novación se dan, veremos que no hay ninguna tan completa como la que anteriormente hemos enunciado.

Nuestro Código, en el art. 1203 que nos ocupa, expresa que pueden modificarse las obligaciones variando su objeto y condiciones principales; y esto es evidente, por cuanto el cambio de algun elemento sustancial de toda relación jurídica, no puede menos de novarla, pues si una obligacion pura se convierte en condicional ó viceversa, nadie negará su novación como no la negaban las antiguas leyes, tanto romanas como de nuestra patria; que se modifican tam-

Digitized by Google

bien por la sustitución de la persona del dendor; y esto también es evidente, porque donde hay un cambio de persona, no puede menos de haber novación; siendo de notar que en este caso se hace indispensable el consentimiento del acreedor, lo cual está conforme con las prescripciones de las leyes 1.ª y 6.ª, título 42.º, lib. 8.º del Código romano; con la ley 15.ª, tit. 14.º, Part. 5.ª, y con lo que este mismo Código previene en su art. 1205; sustentándose tales principios en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, muy especialmente en las de 3 Febrero de 1862 y 12 Junio de 1867: y en tercer lugar se ocupa, el artículo que comentamos, de la subrogación á un tercero en los derechos del acreedor, lo cual tampoco es difícil de comprender, puesto que la novación por sustitución del acreedor, es de buen sentido que nove el contrato, bien por reconocimiento del deudor mediante delegación sin su concurso, bien por mera cesión del acreedor, bien por disposición especial de la ley, pues de cualquier manera que se opere tal sustitución del acreedor la obligación queda novada.

Todos conocen lo que significa la sustitución del acreedor por delegación, lo que es la sustitución del acreedor por cesión, y lo que es esa misma sustitución de acreedor por disposición expresa de la ley ó *ipso jure*; y no hemos de repetir aquí lo que es conocido de todos y tan perfectamente explican Pothier, Escriche y otros tratadistas de derecho; y por tanto, hemos de cerrar este comentario exponiendo que toda novación supone una obligación anterior que le sirve de causa, y que esa obligación no ha de hallarse extinguida ya, pues si tal sucediese no podría haber novación, sino otra obligación nueva independiente de otra anterior; y al propio tiempo hemos de significar también que entre las diferentes sentencias del Tribunal Supremo que tenemos á la vista relativas al caso, son notabilísimas la de 30 Setiembre de 1870, la de 3 Diciembre de 1875 y la de 14 Febrero de 1876, apoyando la segunda de las citadas lo que acabamos de exponer, y sentando además como doctrina que no hay novación cuando no se contrae una obligación especial y nueva, distinta de la contraída con anterioridad.

El Proyecto de Código de 1851 proponía preceptos de interés sobre novación, y en su art 1134 expresaba cuando tenía lugar tal contrato, pues así la consideraba; y el art. 1220 del Proyecto de 1882 proponía preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1367 del Código de Italia, 1271 del de Francia, 1449 del de Holanda y 1271 del de Bélgica que son idénticos entre sí, en su espíritu y casi hasta en su redacción; con los arts. 1275 del Código de Nápoles, 2185 del de la Luisiana, 1363 del Sardo, 951 del de Vaud, 1524 del de Veracruz-Llave, 1376 del de Austria, 1631 del de Chile, 1279 del de Bolivia, 1690 del de Colombia, 802 del de Portugal, 142 del de Suiza, 454 del de Prusia, 1721 del de México, 1606 del de la Baja California, 1721 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

Art. 1204. Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, ó que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.

Nada hemos de decir sobre el particular, pues sabido es, que la novación no se presume, sino que es necesario que sea expresa, clara y terminante, y no cabe duda que para que una obligación se extinga por la constitución de otra que la sustituya, indispensable es que así se declare expresamente ó que haya una verdadera incompatibilidad entre la antigua y la nueva, cuya doctrina sentó el Tribunal Supremo en diferentes sentencias y muy principalmente en la de 23 de Octúbre de 1865, en la que declaró que la novación de un contrato aceptada por ambos otorgantes produce verdadera obligación y modifica la anteriormente contraida.

Precedentes encontramos en las leyes 8.ª, párrafo 5.º, tit. 2.º; 23.ª, tit. 3.º, lib. 46 del Digesto; 1.ª, 2.ª y 82.ª, tit. 42, lib. 8 del Código romano, y en la ley 15.ª, tit. 14, Part. 5.ª, habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1135 del Proyecto de Código de 1851 y en el 1221 del de 1882.

Concuerda con los arts. 1273 del Código de Belgica, 1269 del de Italia, 1273 del de Francia, 1280 del de Bolivia, 456 del de Prusia, 1634 del de Chile, 2188 del de la Luisiana, 1525 del de Veracruz-Llave, 1451 del de Holanda, 812 del de la República Argentina, 1365 del Sardo, 2339 del de Guatemala, 1491 del del Uruguay, 1726 del de México, 1611 del de la Baja California y 1726 del de Campeche.

Art. 1205. La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.

Reconocida la facultad de hacer novación sustituyéndose un nuevo deudor por el primitivo, viene á determinarse en este articulo, que tal sustitución puede tener lugar sin conocimiento del primer deudor, pero no sin el del acreedor, más esto se prescribe bajo el supuesto de que el acreedor descargue ó exima expresamente al primer deudor del cumplimiento de su obligación, pues en cuanto á la relación juridica anteriormente establecida modifique la situación del deudor favorablemente á éste, tales beneficios no necesitan consultarse ni aun conocerse por el favorecido para que surtan sus efectos.

Precedentes tenemos del precepto que nos ocupa en la ley 8.ª, párrafo 5.º, tit. 2.º, lib. 46 del Digesto, y en la ley 53.ª, tit. 3.º del mismo libro de dicho cuerpo de derecho; así como en las leyes 1.ª y 6.ª, tit. 42, lib. 8 del Código romano y ley 15.ª, tit. 14, Part. 5.ª, en cuanto á la necesidad de la voluntad del

Digitized by Google

acreedor se refiere, viéndose preceptos análogos en el art. 1135 del Proyecto de 1851 y en el art. 1222 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el art. 1270 del Código de Italia, 1274 del de Francia, 1280 del de Bolivia, 1274 del de Bélgica, 1452 del de Holanda, los cuales entre si son iguales; 804 del de Portugal, 456 del de Prusia, 2188 del de la Luisiana, 1661 del de Chile, 2348 del de Guatemala, 1486 del del Uruguay, 1522 del de Veracruz-Llave, 815 del de la República Argentina, 1228 del de Nápoles, 1366 del Sardo, 1494 del de Colombia, 1724 del de México, 1609 del de la Baja California y 1724 del de Campeche, siendo idénticos entre si tambien estos tres últimos.

Art. 1206. La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública ó conocida del deudor al delegar su deuda.

Este artículo contiene una regla general y una excepción; en la primera se establece que cuando el acreedor acepta un nuevo deudor que le presenta como sustituto el deudor primitivo, se libera por completo el primer deudor mediante esta novación, y se exime de responder de la insolvencia en que pudiera incurrir su sustituto ó sea el nuevo deudor, de tal manera que el acreedor no puede hacer renacer la acción que tenia contra el primitivo deudor; pero como en la esfera del derecho los hechos consumados valen algo y son la base de nuevas relaciones juridicas, de aquí el que lógicamente se establezca en la segunda parte del artículo que comentamos, la excepción de que la insolvencia del nuevo deudor no aproveche al primitivo cuando sea anterior á la novación y pueda conceptuarse pública, porque si bien es cierto que algunos al argüir en contra de este precepto dirán que la primera parte del artículo debe entenderse en sentido absoluto y sin restricción de ningun género, por cuanto el acreedor podia haberse enterado de las condiciones del sustituto, esto no solo equivaldria á castigar la buena fe del acreedor, que digna siempre debe ser de respeto y consideración, sino que implicaria tanto como dar fuerza á lo que realmente no la tenia al verificarse la novación, pues si insolvente era el que se presenta como nuevo deudor al sustituir al primitivo, inconcuso es que cantidades negativas venian á sustituir al positivismo de la solvencia del primero, y mucho menos debe aprovechar á éste la insolvencia por él conocida del deudor á quien presenta para sustituirle al delegar su deuda, cuando realmente esta novación argüye malicia y dolo contra el acreedor de buena fe por el primitivo deudor; así es que, en nuestro concepto, siendo la regla general establecida al principio del referido artículo sana, justa y razonable, no podemos menos de considerar de extricto derecho y equitativamente aceptable la excepción que al final de dicho artículo se consigna.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 42, lib. 8.º del Código romano; 4.ª, tit. 4, lib. 18 del Digesto; 26, tit. 1.º, lib. 17, y 1.ª, párrafo 11, tit. 6.º, lib. 42 del mismo Digesto; así como en la ley 15, tit. 14, Part. 5.ª; habiéndose propuesto preceptos análogos en los arts. 1136 del Proyecto de Código de 1851 y 1253 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1454 del Código de Holanda, 1276 del de Francia, 1272 del de Italia, 1276 del de Bélgica, 1526 del de Veracruz-Llave 2190 del de la Luisiana, 1368 del Sardo, 1493 del del Uruguay, 1637 del de Chile, 2343 del de Guatemala, 805 del de Portugal, 1230 del de Nápoles, 1693 del de Colombia, 143 del de Suiza, 816 del de la República Argentina, 1725 del de México, 1610 del de la Baja California, y 1725 del de Campeche.

Art. 1207. Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen á terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.

Tan claro y tan evidente es el precepto de este artículo que no necesita comentario, porque si bien es cierto que por regla general la extinción de la obligación principal lleva consigo la de las accesorias, esto entenderse debe tan solo con relación á las personas que la constituyeron; pero cuando afectan á un tercero, no cabe duda que para que relativamente á éste surta sus efectos la extinción de las accesorias sólo mediante el consentimiento del tercero á quien pueda afectar se obtendrá tal resultado: por esto el Código de la República Argentina, con muy buen acuerdo, prescribe, que la novación extingue la obligación principal con sus accesorios y con las obligaciones accesorias, pero que el acreedor puede, por una expresa reserva, impedir la extinción de los privilegios ó hipotecas del antiguo crédito haciéndolos pasar á la nueva, y esta reserva no exige intervención de la persona respecto de la cual es hecha; mas el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda ó hipoteca de la obligación extinguida, silos bienes hipotecados ó empeñados pertenecen á terceros que no hubieren tenido parte en la novación.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tit. 2.º, lib. 46; 29, tit. 2.º, del mismo libro, 15.ª y 18.ª de idéntico título y libro; 11.ª, párrafo 1.º, tit 7.º, lib. 13; 3.ª y 12.ª, párrafo 5.º, tit. 4.º, lib. 20 del Digesto; 4.ª, tit. 41, lib. 8.º del Código romano, y ley 15.ª, tit. 14, Part. 5.ª; proponiendo preceptos análogos el artículo 1138 del Proyecto de Código de 1851 y el art. 1224 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1275 y 1277 del Código de Italia, 1278 y 1281 del de Francia, 1457 y 1460 del de Holanda, 1278 y 1281 del de Belgica, 1289 del de Bolivia, 955 del de Vaud, 1378 del de Austria, 2291 y 2294 del de la Luisiana, 1642 del de Chile, 2342 y 2345 del de Guatemala, 1493 del del Uruguay, 1528 del de

Digitized by Google

Veracruz-Llave, casi igunl al nuestro; 807 y 808 del de Portugal, 803 y 804 del de la República Argentina, 1727 y 1728 del de México, 1612 y 1613 del de la Baja California, 1727 y 1728 del de Campeche; siendo idénticos entre si los preceptos de estos tres últimos Códigos.

Art. 1208. La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, ó que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

Estudiado detenidamente el articulo que acaba de consignarse, se ven en él principios opuestos que pueden producir confusión para aquel que no sepa ó no pueda adunar diferentes teorias y coordinar ideas aparentemente distintas.

Como ya digimos al empezar los comentarios de esta sección que la novación presupone un contrato anteriòr, evidente es que, derivándose aquélla de éste, si fuere éste nulo, no puede menos de adolecer de vicio de nulidad la novación; pero como esta nulidad pueden invocarla las partes todas que constituyen la relación juridica, ó puede suceder el caso de que solo tenga derecho á invocarla una de ellas, el deudor, de aqui la excepción primera que se expone en la segunda parte del articulo que comentamos; así es que si este deudor es un menor de edad que contrajo sin autoridad ó sin que su personalidad sea complementada por su tutor, no cabe duda que nos encontraremos en la excepción dicha que presenta en primer término nuestro articulo, aun cuando esa obligación que no podia tener fuerza contra el menor podia si novarse por la delegocion de un tercero habil para ello, y en este caso el segundo obligado quedaba civilmente sujeto al vinculo juridico que constituye la obligación.

Las últimas frases de la parte que deja á salvo el legislador en este articulo expresan claramente que la ratificación de actos nulos en su origen pueden convalidarlos y convertirlos en verdaderas relaciones juridicas con fuerza de obligar, y por consiguiente, mediando esta ratificación seria válida la novación que se subsiguiese.

Precedentes encontramos en el párrafo 3.°, tit. 30, lib. 3.° de la Instituta; leyes 129 y 178 del Digesto de *regulis juris*; leyes 18.ª; tit. 14, y 56.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; habiendo propuesto preceptos análogos el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1139 y el de 1882 en su art. 1225; teniendo bastante relación el precepto que nos ocupa con los arts. 1309 al 1313 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 812 del Código de Portugal, 802 del de la República Argentina, 1488 del del Uruguay 1630 del de Chile, 1529 del de Veracruz-Llave, 1689 del de Colombia, 1733 del de México, 1618 del de la Baja California y 1733 del de Campeche.

Digitized by Google

Art. 1209. La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.

En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.

Tampoco cabe duda acerca del precepto de este artículo, puesto que si la subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor ha de ser siempre expresa, no cabe presumirla mas que en los casos que este Código determina y de los que ya se ha tratado en los arts. 1158 y 1159, en relación con el 1203 de este mismo Código.

Muchos de los Códigos extranjeros tratan de la subrogación separadamente de la novación, así vemos que el art. 1507 del Código de Veracruz-Llave, primero de los de la sección tercera que se ocupan de tal materia, viene determinando que la subrogación es legal ó convencional, y el art. 1508 de aquel mismo Código señala los cinco casos en que se verifica la subrogación legal de los derechos del acreedor á favor de un tercero que le paga, así como en el artículo 1509 de dicho Código se ocupa de la subrogación convencional que es la que se verifica cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos y acciones, debiendo ser esta subrogación expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago. Pero no es esto, sino que el Código de la República Argentina dedica un capítulo (el 5.° de la sección 1.ª, lib. 2.°) al pago con subrogación, y después de expresar en su art. 767 que el pago con subrogación tiene lugar cuando lo hace un tercero á quien se trasmiten todos los derechos del acreedor, nos dice también que la subrogación es convencional ó legal y que la subrogación convencional puede ser consentida por el acreedor sin intervención del deudor ó por el deudor sin el concurso de la voluntad del acreedor; y después de ocuparse el art. 768 de la subrogación legal en los cinco casos que puede tener lugar, análogos á los designados en el ya citado artículo del Código de Veracruz-Llave, viene á prescribir el art. 769 que la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le trasmite expresamente todos sus derechos respecto á la deuda, debiendo regirse tal subrogación por las disposiciones relativas á la cesión de derechos. Y esto mismo lo vemos en los capítulos que independientemente consagran á la subrogación el Código de México (arts. 1705 al 1713), el Código de la Baja California (arts. 1590 al 1596), el Código de Campeche (arts. 1705 á 1713) y otros varios Códigos extranjeros de cuyos preceptos creemos haber hecho ya algunas indicaciones; viendose precedentes en las leyes 71, tit. 1.°, lib. 17; 58, tit. 1.°, lib. 45; 3.ª, tit. 2.° lib. 45 del Digesto; dedicándole también sección aparte, á dicha subrogación el Proyecto de Código de 1851, en sus arts. 1116 al 1121; sien-

Digitized by Google

do de notar que después de exponer el art. 1116 de dicho Proyecto que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor tiene lugar por disposición de la ley ó convencionalmente, proponía en su art. 1117 seis casos de subrogación legal, y trataba en el art. 1118 de la subrogación convencional, de la que determinaba, entre otras cosas, que debe ser expresa, y tener lugar al mismo tiempo que el pago.

También el Código francés (arts. 1249 al 1252); el italiano (arts. 1251 al 1254) y el belga (arts. 1249 al 1252), tratan del pago con subrogación en capítulo aparte, de la manera que ya anteriormente indicamos, y conteniendo estos tres Códigos preceptos completamente idénticos, muy parecidos á los cuales son los que entrañan los arts. 1436 al 1439 del Código de Holanda; como en sección aparte trata también de dicha materia el Código de Portugal (arts. 778 al 784), sin que realmente se encuentre un verdadero concordante en toda la extensión de la palabra del art. 1209 que de nuestro Código comentamos, por más que unos y otros impliquen el desarrollo más ó menos extenso de principios análogos

El Código de la República Oriental del Uruguay, al tratar de la subrogación en la sección segunda del capítulo primero, del título tercero de su libro cuarto (arts. 1429 al 1434), contiene en su primer artículo una definición técnica de la subrogación, expresando que «es una ficción jurídica por la cual una obligación extinguida por el pago hecho por un tercero se juzga que continúa á favor de éste, como si formase una misma persona con el acreedor»: y en el artículo siguiente admite la subrogación convencional y la legal.

Realmente, y aun cuando temamos incurrir en repeticiones, nuestro Código está en lo justo al determinar que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, no podrá presumirse más que en los casos prefijados por la ley, porque siendo la subrogación una ficción jurídica, admitida ó establecida por el legislador, en virtud de la cual una obligación extinguida por medio del pago efectuado por un tercero, ó por el deudor con numerario ó capital que un tercero le entregue al efecto, y considerando que continúa subsistiendo á beneficio de este tercero que está autorizado para hacer valer los derechos y obligaciones del antiguo acreedor hasta el reintegro ó resarcimiento de sus desembolsos, evidente es que no de otra manera puede tener lugar que de un modo claro y expreso cuando es hija de la convención ó en virtud de las disposiciones legales reducidas en número por nuestro Código en el artículo siguiente bajo las que únicamente es dable presumir dicha subrogación.

Art. 1210. Se presumirá que hay subrogación:

1.° Cuando un acreedor pague á otro acreedor preferente.

2.° Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa ó tácita del deudor.

Digitized by Google

3.° Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto á la porción que le corresponda.

Viene aquí la prescripción en que se comprenden los tres casos de subrogación legal cuya presunción admite nuestro Código; y realmente sobre esto poco ó nada hay que decir, por cuanto son preceptos fundados en la equidad y reconocidos por las legislaciones de todos los pueblos en que con más ó menos extensión se declaran esas presunciones legales para evitar los perjuicios que pudieran irrogarse por la falta de expresión de determinadas subrogaciones.

El primer caso coincide con lo que propuso el primer número del artículo 1117 de Proyecto de Código de 1851, y como se comprende bien éste es el único caso de subrogación legal que realmente admitia el Derecho Romano y nuestro antiguo derecho patrio; es decir, el acreedor que paga á otro preferente, no ha podido tener otro interés ni otro objeto que el de disfrutar las ventajas de la subrogación colocándose en el lugar y derecho del primer acreedor (ó de cualquier otro de los que le preceden), para que, abandonando si le conviene las acciones que tuviera como tercero, cuarto ó quinto acreedor, ejercitar las que adquiere de la persona á quien subroga, y colocado en ese lugar preferente, incautarse de lo que del deudor existiere para la solvabilidad de las deudas por aquél contraidas, sin esperar la contingencia de que alcance ó no alcance la cosa embargada para el pago de deudas al crédito que él desde luego tenia menos preferente al del acreedor á quien hizo pago y que se exponia a perder, corriendo la eventualidad de esperar el orden de preferencia á que le reducia su primer crédito; y si bien atendiendo al derecho romano solamente el acreedor hipotecario posterior que pagaba al hipotecario anterior quedaba subrogado de pleno derecho por disposición legal en su lugar (leyes 2.ª, tit. 14; 1.ª, 5.ª, 8.ª y 10.ª, tit. 18 lib. 8 del Código romano; 11.ª, 12.ª, tit. 4, lib. 20 del Digesto), no quedaba subrogado el simple acreedor chirografario ó un tercero de cualquier otra clase, á no haberse así paccionado entre las partes ó hecho cesión formal y expresa (lo cual se aparta de toda presunción legal), con lo que estaba conforme tambien nuestro derecho patrio especialmente la ley 34, tit. 13, Partida 5.ª; pero como el número primero del artículo 1210, que de nuestro Código comentamos, nada dice acerca de las diferentes clases de acreedores, ni distingue entre el hipotecario, el escriturario, el chirografario, etc., y solo trata de acreedor preferente, creemos que á pesar de que pueden suscitarse dudas sobre este asunto, en cuanto se llene el requisito de que el que subroga á otro sea en virtud de pago á un acreedor preferente de cualquier clase que fuere, se coloca el pagador en el lugar y derecho del preferente acreedor que recibió el pago de su crédito, por la presunción legal establecida en dicho número primero sin que sea necesario nuevo contrato ó cesión expresa de derechos.

Digitized by Google

En cuanto al segundo número del artículo que nos ocupa parece que implica un mandato expreso ó tácito de parte del deudor, y debe presumirse que éste, por librarse de un acreedor más incómodo, quiso que el que le favoreciese con el pago, quedase subrogado en lugar de aquél, deduciendo fué esta la intención del tercero que hizo el pago, y presumiéndose un pacto tácito de la subrogación.

El tercer caso del artículo que comentamos envuelve en sí un interés en el que paga acerca del cumplimiento de la obligación bajo cualquier concepto que no sea el de la confusión de derechos que se produciría, siendo el pagador un deudor mancomunado ó un fiador; pues la subrogación del deudor mancomunado, queda subordinada á las disposiciones especiales que regulan la mancomunidad, en virtud de las cuales, podría reclamar de cada uno de los codeudores la parte proporcional que debían haber pagado, con deducción de la suya propia; y si alguno de ellos resultare insolvente, sufriría proporcionalmente también los efectos de dicha insolvencia, recibiendo de los otros codeudores la parte alicuota que por el insolvente tuvieren que abonarle, disfrutando de sus privilegios é hipotecas del acreedor primitivo relativamente á la parte que pudiera reclamar; como tampoco es del caso la subrogación del fiador que paga, porque en virtud de la fianza se hace plena y absoluta dicha subrogación en contra del deudor principal.

Ningún caso más de presunción establece el artículo que comentamos; y aunque el Proyecto de Código de 1851 extendió tales presunciones hasta el número de seis, iguales las cinco primeras á las de los Códigos de Veracruz-Llave México, Campeche y Baja California, nada hemos de decir de ellas, porque más bien son fraccionamientos de estas tres que nuestro Código señala obedeciendo á los mismos principios, y porque fijándonos demasiado en el estudio de aquel Proyecto, introduciríamos confusión en los comentarios de nuestro Código.

El Proyecto de 1882, en su art. 1227 propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1251 del Código de Francia, 1253 del de Italia, 1438 del de Holanda, 1251 del de Bélgica; en cada uno de cuyos cuatro Códigos se señalan cuatro casos de presunción legal de subrogación, consignando en el cuarto lo mismo que proponía el número cuarto del Proyecto de 1851 de nuestro Código, y en el número segundo un caso que no es igual al número segundo de aquel Proyecto ni al número segundo del artículo que comentamos, puesto que se refiere á la presunción en provecho del adquirente de un inmueble que emplee el precio de su adquisición en el pago de los acreedores á quienes esté hipotecada la herencia.

Concuerda también con los arts. 1308 del Código de Veracruz-Llave, 768 del de la República Argentina, 1706 del de México, 1591 del de la Baja California, 1706 del de Campeche, 1433 del del Urúguay, 779 del de Portugal, y otros.

Digitized by Google

Art. 1211. El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

Más bien que novación implica pago esta subrogación, y si bien los Códigos de Italia (núm. 2, del art. 1252), Francia y Bélgica (núms. 23 de sus respectivos arts. 1250 y 1250). Holanda (núm. 2 de su art. 1437), tratan de tal manera de extinguir las obligaciones como una verdadera subrogación, es lo cierto, que más tiene carácter de pago, constituyendo para ello una nueva obligación, pórque el deudor busca y pide prestada una suma con objeto de pagar su deuda, y si bien pacciona con el prestamista (ó prestador, como le llaman algunos de dichos Códigos), la subrogación en los derechos del primer acreedor, en verdad que no hay más que un contrato de préstamo para con su importe efectuar un pago de una obligación diferente y como la primitiva obligación, es inconcuso que se extingue por el pago, extinguida aquélla, todas las garantías que para su solvencia diese al primer acreedor, vuelven al deudor, quien puede ofrecerlas á su nuevo acreedor.

Asi que, tratando esta extinción como verdadera subrogación, la mayoría de los Códigos modernos exigen que para que tenga validez el documento de préstamo y el de pago se hagan ante Notario; que en el documento de préstamo se consigne que la suma ha sido prestada para hacer el pago, y que en el finiquito se declare que el pago ha sido hecho con la cantidad dada con este objeto por el nuevo acreedor; pudiendo hacerse esta subrogación sin el concurso de la voluntad del primitivo acreedor, lo cual corrobora la tésis por nosotros sentada, de que más que novación constituye tal acto un verdadero pago, pues fuera verdadera novación, las voluntades que concurrieran á constituir la obligación, acudirian á deshacer el vinculo juridico con expresa manifestación de ambas que la modificasen ó novasen.

El art. 1119 del Proyecto de 1851, como el Proyecto de 1882, en su art. 1228, propusieron preceptos análogos; y concordancios vemos en los arts. 2348 del Código de Guatemala, 1432 del del Uruguay, 780 del de Portugal, 770 del de la República Argentina, 1708 del de México, 1593 del de la Baja California, 1708 del de Campeche, y 1510 del de Verocruz-Llave; encontrándose precedentes en la ley 2.ª, tit. 3.°, lib. 42.° del Digesto; y en la ley 1.ª, tit. 19.°, lib. 8.° del Código romano: confirmándose tal doctrina en varias sentencias del Tribunal de Casación francés.

Art. 1212. La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos á él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores ó poseedores de las hipotecas.

Digitized by Google

No necesita comentario el precepto que entraña este artículo, puesto que es de simple sinderesis, está en la conciencia de todos, y la misma palabra subrogar, explica por su sola enunciación que el subrogado se coloca en el lugar y derecho del subrogador, y por consiguiente, que los derechos de éste relativos á la obligación de que se trate, se transfieren al subrogado en toda su integridad, ya contra el deudor, ya contra terceros, fiadores ó poseedores de las hipotecas.

Y esto lo vemos en todos los Códigos; esto se halla consignado en los artículos 1371 del Código de la República Argentina, 781 del de Portugal, 1249 del de Francia, 1251 del de Italia, 1249 del de Bélgica, 1436 del de Holanda, 2344 del de Guatemala, 1434 del del Uruguay, 1713 del de México, 1598 del de la Baja California, 1713 del de Campeche, y otros.

Art. 1213. El acreedor, á quien se hubiere hecho un pago parcial, puéde ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar á virtud del pago parcial del mismo crédito.

Esto es evidente: pues no porque á un acreedor se haga pago de una parte de su crédito, ha de perder el derecho á ejercitar su acción hasta el completo pago de la totalidad de su crédito con preferencia al que se subroga en su lugar por la parte que se le pagó, puesto que se presume siempre que el acreedor primitivo se reserva el ser pagado en primer término, si otra cosa no se expresare.

Así es que el acreedor de 100 duros que no recibió mas que 50, será preferido en cuanto al cobro de los otros 50 al sobrogado por los primeros 50 que se pagaron, pero si después se subroga otro por los 50 restantes, ninguno de estos subrogados tendrá preferencia sobre el otro, sino que concurrirán ambos con igualdad para el pago de sus respectivos créditos. Sin que haya para que decir que la preferencia que se da al acreedor principal primitivo, sólo se refiere á la cantidad que del mismo crédito no le fué pagada, pero no se extiende en manera alguna á otros créditos que contra el mismo deudor pueda tener, pues las acciones para el cobro de ellos, serán independientes las de unos y otros.

El Proyecto de 1851 en su art. 1121 y el de 1882 en su art. 1230, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1652 del Código de Francia, 782 del de Portugal, 1254 del de Italia, 1652 del de Bélgica, 937 del de Vaud, 1254 y 1255 del de Bolivia, 2158 del de la Luisiana, 1612 del de Chile, 1439 del de Holanda, 1512 del de Veracruz-Llave, 1435 del del Uruguay, 1709 del de México, 1594 del de la Baja California, 1709 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS ANTE EL DERECHO FORAL.

Distinto orden que nuestro Código siguen las legislaciones forales al ocuparse de las obligaciones y de los contratos, pues como la mayor parte de éstas toman su origen del derecho romano, de aquí el que se note en ellas una confusión que ha desaparecido en el derecho moderno. Así es que se ve en las legislaciones forales esas antiguas románicas divisiones de contratos consensuales, reales, verbales y aleatorios, sostenida bajo el formularismo más exajerado prescindiendo del fondo de las obligaciones y conceptuándolas siempre como derivadas de los contratos, principalmente en Cataluña.

ARAGÓN.

Todas las obligaciones en Aragón proceden del Fuero, pero no de idéntica manera, puesto que unas, como la obligación que los padres tienen de instituir herederos á sus hijos legítimos, ó por lo menos á uno de ellos, nacen inmediatamente de dicho Fuero; mientras que otras tienen una derivación mediata del Fuero, puesto que además de éste, ha de concurrir un hecho capaz de producirla, como la obligación que tiene el comprador de pagar el precio en que la cosa fué vendida, (y no decimos el precio ó el valor de la cosa, porque en Aragón el valor de las cosas es el que se da por ellas), cuya obligación proviene del Fuero y del contrato de compra-venta.

Se da el nombre de obligación en Aragón, á la necesidad en que por derecho estamos constituidos de dar, hacer ó no hacer alguna cosa en utilidad de otro.

Los hechos de que generalmente nacen allá las obligaciones son los contratos. Y para que éstos surtan efecto, basta que las partes manifiesten su voluntad de obligarse, bien lo hagan de palabra, bien por simple escrito, bien por escritura pública, fuera de los casos en que el Fuero expresamente exige alguna de estas circunstancias; pero el contrato que se hace con instrumento es más privilegiado en muchos casos. La obligación escriturada produce acción ejecutiva muy especialmente si resultare de comanda, albaran de comerciante, censal, sentencia arbitral consentida y otras; mientras que la obligación no escriturada solo produce acción ordinaria; y en caso de duda sobre la naturaleza de una obligación, se presume ordinaria más generalmente que ejecutiva.

La simple promesa de dar ó hacer alguna cosa no produce obligación; así es que el promitente no está obligado á cumplirla, si no quiere, á no ser que esté confirmada con instrumento, ó que por lo menos se le pruebe que medió una justa causa para la promesa, surtiendo efecto en estos dos últimos casos, aún cuando la oferta se hubiera hecho á un ausente. *Fuero único de Promis. sine causa. Obs.* 40 *de General privil.* etc., etc., y 6 *de Confesis.*

Digitized by Google

El Juez debe atenerse y juzgar siempre con arreglo al instrumento, sujetándose extrictamente á lo que en él se contiene, á no ser una cosa imposible ó contraria al derecho natural, ó á no mediar alguna condición pactada por las partes y que el instrumento no exprese, en cuyo caso se podrá probar por medio del Notario y de los testigos que intervinieron en su otorgamiento ó por medio de otro instrumento distinto. *Ob. de Fide instrument.* Por tanto, se debe considerar siempre obligado á pagar lo que conste de la escritura, aunque en ella no se manifieste la causa porque se debe, sin que tenga lugar la excepción *non numeratæ pecuniæ* cuando el que la quiere oponer confiese en el instrumento que ha recibido el dinero. *Observ.* 6 *de Confesis* y 24 *de Probat. fac. cun charta.*

El afianzamiento de salvedad no es esencial en los contratos excepto en la donación: y aún en éste ha caido en desuso. *Ob.* 6 *de Donat.*

PERSONAS CAPACES DE OBLIGACIÓN.

Todos los aragoneses pueden celebrar contratos libremente: Se exceptúan de esta regla general: 1.° El menor de 14 años. 2.° El mayor de edad (es decir, de 14 años, *Obs. unic. de Contrac. minor. y única de privilegio minorum*), que no es casado ni ha cumplido 20 años, á no ser con los requisitos ya expresados en otro lugar, puesto que digimos al tratar de mayor y menor edad en Aragón, que el mayor de 14 años que no haya cumplido los 20, puede disponer libremente de sus bienes siendo casado; pero el que no lo estuviese no podrá hacer donaciones, ventas, ni contratos de ninguna especie sin el conocimiento de sus padres, ó del sobreviviente de ellos que permanezca viudo, y en su defecto, sin la autorización del Juez ordinario de la población en que aquéllos se celebrasen. *FF. at. y de las obligaciones de los menores de 20 años, de 1585).* 3.° La mujer casada, sin licencia de su marido. (Sin embargo, puede la mujer por si sola: I. Donar entrevivos ó en testamento á su marido los bienes de su pertenencia escepto la dote y *axobar*, y renunciar la parte que pudiera tener en loscomunes. *(Obs.* 1.° *y* 58 *de Jure Dot. y* 5.° *de Donationibus).* II. Renunciar la viudedad, las *aventajas* forales, la parte que pueda corresponderla de los bienes comunes y todo lo que deba tener por beneficio del Fuero; mas para que se entienda renuncia de la viudedad, es necesario que lo manifieste expresamente. *(Obs.* 19 *y* 58 *de Jure Dot.)* III. Enajenar su dote. *(Obs.* 39 *de Jure Dot.)* IV. Compeler á su marido á que la dote. V. Obligar sus bienes para pago de deudas contraidas por su marido. *(F.* 2 *de Contractibus conyugum).* VI. Afianzar, y esto aún siendo viuda. *(Ob.* 35 *de Jure Dot.)* VII. Constituir procurador cuando haya de litigar con su marido, según una decisión del Consejo del Justicia de fecha 1433. VIII. Sustituir el poder que su marido le hubiera dado para cualquir negocio. *(Ob.* 13 *de Procuratoribus).* IX. Administrar los

Digitized by Google

bienes de su marido cuando se hubiera ausentado sin dejar especial administrador. Y 4.° El loco, nécio é insensato.

El pródigo puede contratar libremente á no hallarse declarado incapacitado, y por lo tanto bajo curatela; y el hijo de familia tiene igual facultad si no se halla comprendido en la excepción anteriormente indicada; sin que estén prohibidos generalmente los contratos entre marido y mujer.

OBJETO Y FIN DE LOS CONTRATOS.

Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están prohibidas. Así es que todo contrato que verse sobre actos reprobados por la ley como robar, matar, etc., etc., ó sea contrario á la moral ó buenas costumbres, será nulo, como nulo es el contrato en que haya habido *dolo*; por más que algunos, fundándose en el principio foral *tantum valet res quantum vendi potest*, y en que por ello no se conoce en Aragón la restitución *in integrum*, sostengan que á cualquier de los contratantes le es permitido engañar al otro; pero esto es un absurdo insostenible, pues una cosa es el engaño ó el dolo, y otra es el que las cosas, á ciencia de los contratantes y sin engaño, valgan lo que den por ellas, ó sea lo que se estipule por los contratantes, cuando, á sabiendas y sin dolo, se apreció por las partes.

Los contratos pueden ser onerosos ó gratuitos, según que las partes se obliguen reciprocamente á dar ó hacer alguna cosa, ó que la que recibe algo á nada se obligue.

Los contratos, ó tienen un nombre particular designado por el Fuero, nominados; ó no lo tienen, innominados. Estos últimos se regian por la equidad en todo lo que no les fuesen aplicables las disposiciones forales. Los nominados tienen por objeto: 1.° Adquirir propiedad. 2.° Adquirir uso. 3.° Adquirir algún servicio. 4.° Adquirir seguridad. En la primera clase, ó en los que su objeto es adquirir la propiedad, están comprendidos el de compra venta, el de permuta, el de mútuo, los censos y el de sociedad; transfiriéndose en ellos el dominio y la posesión de las cosas sobre que versan sin acto alguno material, cuando se han celebrado por medio de escritura pública. En la 2.ª, ó sea en los que tienen por objeto adquirir el uso, están comprendidos el uso, el comodato y el arrendamiento. En los que tienen por objeto adquirir algún servicio, están el depósito y el mandato. Y en los que tienen por objeto adquirir seguridad, están comprendidas las fianzas, las prendas y las hipotecas.

EXTINCIÓN.

En cuanto á los modos de extinguirse las obligaciónes, pocas son las diposiciones especiales que los Fueros de Aragón entrañan, pues se reducen á que la cancelación del documento es prueba de haberse verificado el pago, y á que si

Digitized by Google

el instrumento del débito ó del contrato se halla roto en podér del deudor, no puede ya ser reparado, aunque el acreedor quiera jurar que se lo han robado; que si el instrumento del débito se encuentra en poder del deudor, se presume que hubo débito y fué pagado, mientras no se pruebe lo contrario; que según observancia del Reino, se acredita la paga mostrando la carta rota; que si el deudor ofreciera el pago de una cantidad al acreedor y éste se negara á recibirla, no basta el ofrecimiento para eximirse del pago de lo adeudado ó del cumplimiento de la obligación, sino que debe depositarlo ó consignarlo en poder del Juez; que la cesión de bienes solo tiene lugar por razón de mútuo, y de ningún modo por razón de comanda. El deudor que haga cesión de bienes, puede ser compelido por el acreedor á que jure cada mes ó cada semana si tiene con que pagar. Y antes, según el fuero, el deudor insolvente era preso por razón de la comanda ó depósito de dinero que no hubiere devuelto, ó el deudor era entregado al acreedor para su custodia.

En Aragón es deudor moroso el que no cumple la obligación antes del vencimiento sin necesidad de requerimiento, y no puede purgarse ó enmendarse la mora.

Además de los modos antes indicados como reconocidos en Aragón para extinguir las obligaciones, ó sea la paga y la cesión de bienes, tenemos la compensación, la remisión, la novación, la confusión extinción de la cosa, mútuo disenso, rescisión, condición resolutiva y la prescripción. Lo cual quiere decir que los medios de extinguir las obligaciones son los mismos ante el derecho general que ante el foral, en su esencia; por más que antes, cuando las regiones aforadas tenian vida propia é independiente, tuviesen en vigor sus especiales modos de extinguir las obligaciones. Tanto es así, que á medida que el regionalismo fué perdiendo su importancia y la unidad nacional se abrió paso, las provincias aforadas fueron aceptando expontáneamente la legislación común emanada del poder á que se habian sometido. Tanto es así, que hasta la publicación de este Código, Aragón, en cuanto al ofrecimiento del pago y consignación como medio de extinguir las obligaciones, observaba los preceptos de las Partidas, y hoy se acomoda, como la mayoria del Territorio Español á las prescripciones del Código vigente en los arts. 1176 al 1181.

En cuanto á la pérdida de la cosa debida sucede lo mismo en Aragón; acéptanse las reglas de este Código en sus arts. 1182 al 1186, como se observaron antes las de Partida.

Respecto á la prueba de obligaciones, en Aragón, todos aquellos Fueros originarios *De probationibus*, *De fide instrumentorum* y *De confesis*, han venido á quedar sin fuerza ni valor ante la ley procesal que común es á todos, y que aceptada sin dificultad fué en aquel país; y por tanto el Código que comentamos rige en el mismo sobre esta materia.

Digitized by Google

CATALUÑA.

DE LA OBLIGACIÓN EN GENERAL.

Los derechos reales que inherentes son á la cosa, y se hacen efectivos donde quiera que la cosa se encuentre y de quien quiera que la posea, se diferencian de los personales en que sólo tienen por objeto una prestación; y en que son derechos relativos que solo pueden hacerse efectivos de una determinada persona que nos está ligada por el *vinculum juris* que crea la obligación.

Ante el Derecho Romano, dijimos ya que la obligación fué un vinculo de derecho, que constituye á una persona, juridica ó natural, en la necesidad moral de hacer, prestar, ó dar alguna cosa. O como se consigna en la Instituta, proemio del tit. 13.°, lib. 3.°: *Juris vinculum quo necessitate abstringimur alicuyus rei solvendæ secundum nostraæ civitatis jura.* Y es de tres clases: natural, civil y mista; según que el vinculo dependa de la naturaleza y la equidad, de sólo el derecho civil, ó de la equidad y el derecho juntamente; descansando todas en el consentimiento, que puede ser expreso ó presunto.

DEL CONTRATO COMO CAUSA DE LA OBLIGACIÓN

Casi en sofistica rayó la romana legislación al explicar la naturaleza del hecho origen de la obligación, pues distinguió el contrato del pacto, y dividió éste en nudo ó simple, vestido ó calificado. Definíase la convención: *in genere duorum vel plurium placitum consensus*: y el contrato: *conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam*; pero esta teoria formularista es inaplícable hoy.

Ya dijimos lo que era la convención al tratar de esta ante el derecho general. Pretender que ante los Fueros sea otra cosa distinta, es negar la verdad que encarna en la naturaleza de las cosas; es suponer que el sol debe ser distinto en Aragón, Cataluña y Castilla. El contrato nace en todas partes de la convención, y esta se encuentra muy por encima de todos los contratos. Donde hay contrato hay convención; pero no siempre hay contrato donde la convención existe. Esa conjunción de voluntades acerca de un fin común, puede existir entre dos personas, sin que éstas contraten; pero donde existe congruencia de voliciones acerca de un mismo objeto, mediante una justa causa, y creándose un vinculo de derecho entre los que constituyen la convención de la que se derivan derechos mútuos y obligaciones reciprocas, no cabe duda que hay un contrato.

Los contratos son de varias especies. Reales, cuando su perfección depende de la entrega de la cosa, ó sea la tradición como decian los romanos. Consen-

Digitized by Google

suales, que se perfeccionan por el simple consentimiento. Unilaterales, aquellos en los que por una parte, (compuesta de una ó varias personas,) solamente se obliga respecto de la otra parte. Bilaterales, aquellos en que nacen mútuos derechos y obligaciones recíprocas por ambas partes. Onerosos, son aquellos en virtud de los que una parte presta á otra una cosa ó un servicio, en equivalencia de otro hecho ó de otra prestación. Lucrativos, son los contratos en los que uno de los contrayentes obtiene un beneficio puramente gratuito. Y aleatarios, son los contratos en que se negocia una esperanza, ó una de las partes responde á la otra, por cierto premio, de los daños que sobrevengan en sus cosas expuestas á riesgo.

REQUISITOS DE LOS CONTRATOS Y CONDICIONES DE LOS CONTRAYENTES.

En todo contrato se exigen determinado número de requisitos, siendo unos esenciales, aquellos de los cuales depende la existencia de los mismos contratos; naturales, los que por su naturaleza se imponen á determinados contratos, es decir, que además de los requisitos indispensables ó esenciales á todos, los determinan, los colocan separadamente, les dan, por decirlo así, cierto rango y categoría; en el contrato de prenda, por ejemplo, es peculiar la entrega ó depósito de la cosa pignorada, además de la capacidad de los contratantes, del consentimiento de las partes, del objeto cierto materia del contrato, y de la causa lícita, que, como requisitos esenciales deben concurrir en todo contrato; y son accidentales, los que, si pueden complementar y ser beneficiosos al contrato, no se hacen indispensables para su existencia, ni alteran la naturaleza del contrato, concurran ó no á éste.

Capacidad de los contratantes.

El primer requisito esencial de los contratos, no hay para que decir que se exige lo mismo en la legislación catalana que en la general: por esto es una verdad inconcusa que pueden contraer aquellos á quienes la ley no lo prohibe. Están incapacitados, los que expontánea y libremente no pueden disponer de su voluntad, como los que tienen perturbadas sus facultades mentales, ó su razón no está como la del común de las gentes, los locos, los idiotas, los ebrios durante su estado de embriaguez, los declarados pródigos; cuyas incapacidades están reconocidas por todas las legislaciones, hasta por la romana, copiada en su mayor parte por la catalana. Hay además otras incapacidades que se refieren á la falta de edad, y alestado civil de la persona, acerca de las cuales cada legislación dicta disposiciones especiales.

Edad.—El menor de 25 años, según la Constitución de Fernando II, Cortes de Monzón de 1510, (tit. XI, lib. II, primer volumen,) de cualquiera condi-

Digitized by Google

ción que fuese, que tenga padre, y no sea ni haya sido casado, aun que fuese emancipado, no puede otorgar contrato alguno, y si de hecho se otorgase, es nulo, y no se puede juzgar por él, excepto que sea hecho con expreso consentimiento y firma de su padre. Entre esta disposición, la del derecho romano, y el de Castilla, se observan las diferencias siguientes: Por el Senado consulto Macedoniano, (tit. VI, lib. XIV, Dig.,) se prohibió hacer préstamos de dinero á los hijos de familia; cuya prohibición aceptada por las leyes 3.ª, 4.ª y 6.ª, titulo 1.º, Part. 5.ª, fué confirmada y ampliada por la ley 17.ª, tit. 1.º, lib. 10.º, de la Novisima Recopilación. Por esto Fontanella sostiene que esta ley no es aplicable á los contratos que se otorgaren respecto á los peculios castrense y cuasi castrense; y Cancer sostiene la teoria de que los hijos respecto á dichos peculios no pueden otorgar actos obligatorios sin consentimiento del padre.

Otra diferencia vemos en que la ley de la Novisima ya citada, trata sólo de los contratos en que los hijos, sin consentimiento del padre, toman algo al fiado; mientras que la Constitución de D. Felipe, en las Cortes de Monzón de 1585, comprende en general todos los contratos.

Mujeres.—No estaba bien definida en el derecho romano la capacidad juridica de la mujer casada, durante el matrimonio, aunque podria deducirse de la situación que vino á tener en la familia después de las reformas imperiales. La ley 54 de Toro vino á llenar este vacio, que también se notaba en el derecho de Castilla, y aceptada esta ley y algunas de las que le siguen en Cataluña, quedáron en nuestro concepto derogadas, no sólo por los preceptos de la ley de matrimonio civil, que de carácter general vino obligando á todos, sino por los preceptos de este Código que han suplido y enmendado los de aquella ley; pues además obligatorias son para este país cuantas disposiciones se han dado después del Decreto de nueva planta; si bien, como en éste se preceptuó que, en todo lo prevenido en los capítulos del mismo Decreto, se observasen las Constituciones que antes habia en Cataluña, parecia que la mujer podia contratar en Cataluña por si sola en cuanto á los bienes parafernales, y que, prohibiéndolo la mujer, ninguna comisión podia tener el marido, mientras se trate de dichos bienes: mas teniendo presente hoy que el art. 61 de nuestro Código Civil prohibe á la mujer enajenar sus bienes propios, y no le permite obligarse, sinó en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley, como dicho art. 61 se encuentra dentro del tit. 4.º del lib. 1.º de este Código, por lo que es obligatorio á todos los españoles, aforados y no aforados, al presente no pueden tener aplicación tampoco en Cataluña aquellas antiguas disposiciones, razón por la cual uno de los más ilustrados y celosos Registradores de esta capital, el señor Agulló, ha negado varias inscripciones de ventas de bienes parafernales hechas por mujeres casadas sin licencia ó poder de sus maridos después de la publicación de este Código, interpretando fielmente su art. 61 en relación con el art. 12 del mismo.

Digitized by Google

También, en nuestro concepto, los expresados artículos han derogado los preceptos del derecho romano, antes en observancia aquí, por los que la mujer podía obligarse por un tercero, exigiéndoseles en las escrituras en que tales obligaciones se consignaban á las indicadas mujeres, que renunciasen al beneficio del Senado-Consulto Veleyano, y si intervenía su marido, á la auténtica *si qua mulier*.

Hijos de familia.—El hijo constituído bajo potestad paternal no puede obligarse, y por ello la ley determinó los casos en que el padre quedaba obligado por él. El *Usage quod si filii* previene por esto que, si los hijos hicieron daño al señor de su padre, éste precisa á los hijos á enmendar aquel daño, ó él mismo lo enmienda, y si aquéllos no lo quieren hacer, deben desheredarlos enteramente y negarles los alimentos sin fraude.

El *Usage Item statuerunt* tampoco puede considerarse en uso, pues se refiere al feudalismo inexistente hoy.

Consentimiento

Sin consentimiento, causa eficiente de todo contrato, no hay ni puede haber obligación alguna. Por ello, no es válido el consentimiento obtenido por error, por violencia, ó por dolo, según la ley 116 de *regulis juris* del Digesto.

El usage *Statuerunt etiam præfati* dice que nadie cause daño á otro en el dia que le hubiere saludado ó besado. (Lib. II, tit. X. primer volúmen).

El usage *Similiter nempe* ordena que el que estuviere hospedado ó comiere con otro, se abstenga de dañarle en modo alguno; si no es permitido devolver mal por mal, es censurable sobre toda ponderación pagar con ingratitud un beneficio.

Se comprende bien que estos dos usages no están en vigor, ni nada dicen del verdadero consentimiento.

Objeto

Lo mismo ante el derecho general que ante el foral de Cataluña, las obligaciones tienen por objeto la prestación de una cosa ó de un servicio; la cosa debe ser cierta, determinada; el hecho ha de ser posible y lícito. En esto, sin embargo, el derecho vigente es aquí el romano con algunas disposiciones del derecho canónico, que es el supletorio con preferencia al romano. Así, el capítulo 10 de las Decretales, *De verb. signific.*, v. 40, aunque se refiere principalmente al objeto de los juicios, dice, respecto de la causa: *Causa a casu quo venit, dicitur: est enim materia et origo negotii.*: y el principio de que el error de hecho no perjudica, se ve consignado en el capt. 3.º de las Decretales *De Confesis*, 11, 18. Sana doctrina vemos en las sentencias de 20 y 27 Mayo y 30 Setiembre de 1864, 31 Octubre de 1865 y otras, como las de 27 Mayo de 1866, 5 Mayo 1870, 20 Marzo de 1883, etc., etc.

Digitized by Google

Causa

Causa de los contratos es lo que les sirve de origen, lo que podria llamarse titulo y modo en la obligación; como lo es la *liberalidad* en los contratos lucrativos; mientras que la prestación reciproca ó el pago es la causa en los contratos onerosos.

Principios capitales sobre esto: Las obligaciones sin causa, ó mediante una causa imaginaria ó falsa no producen efecto. Las obligaciones contraidas por causa ilicita, contraria á la moral y al orden público, no producen acción para exigir su cumplimiento.

Efectos de las obligaciones.

Pueden apreciarse los efectos de las obligaciones de dos maneras: subjetivamente consideradas ó en relación á los contrayentes; y objetivamente miradas, ó sea con relación al interés ó móvil que llevaron en su celebración. En cuanto al objeto subjetivo, debe tenerse en cuenta que los convenios legalmente formados tienen fuerza entre los contratantes sin perjuicio de tercero, bajo la hipótesis de que los obligados tengan capacidad para obligarse, que el objeto sea licito, que la obligación tenga limites conocidos, y que se ajuste á las prescripciones por la ley señaladas al contrato.

Objetivamente consideradas las obligaciones, en sus efectos, más que á las personas, atienden al fin de la obligación, fin que en las obligaciones de dar, consiste en la entrega de la cosa; en las de hacer, en la prestación del servicio; y en las de no hacer, envuelve una abstención.

Daños y perjuicios.

Casi la única garantia de los derechos, y sino la única la principal, ser debiera la buena fe de los contratantes; pero como desgraciadamente no siempre existe ésta, debe fijarse una responsabilidad que pene la mala fé, de cuya responsabilidad nace para el acreedor una justa esperanza de satisfacción y pago, que consiste en el abono de intereses, y en la reparación de daños y perjuicios. Cataluña acepta y utiliza en esto la legislación romana, exacta y previsora como la que más sobre el particular.

Modos de contraer las obligaciones.

Ya lo dijimos al tratar del derecho general; las obligaciones pueden ser varias por su origen ó por el modo de contraerlas: asi son: puras, condicionales y á término, alternativas, solidarias, divisibles é indivisibles, y con cláusula

Digitized by Google

penal. En las puras no hay subordinación á evento alguno, y producen efecto desde que se contraen. Las condicionales dependen de un suceso futuro ó incierto, ya suspendiéndolas hasta que tenga lugar, condición suspensiva; ya resolviéndolas, si llega el hecho que se determine condición resolutoria.

Son de varias clases las condiciones: imposibles, posibles, potestativas, casuales y mixtas, afirmativas y negativas; dependiendo sus efectos de su propia índole.

En Barcelona y demás poblaciones qne gozan del privilegio del *Recognoverunt próceres* (según el cap. 8.º), el beneficio de división corresponde á todos los deudores obligados *in solidum*, aunque renuncien á la nueva constitución, ó sea á la Novela 4.ª de Justiniano, á menos de estar ausentes los otros deudores ó ser menesterosos ó insolventes; si bien se introdujo la práctica de renunciar expresamente á dicho beneficio. Y según el capítulo 11, del mismo privilegio, la mujer que en los contratos de mútuo y depósito se obliga junto con su marido, mientras los bienes de éste sean suficientes para pagar, no está obligada á efectuarlo por sí; y caso contrario, la obligación se limita á la mitad, aunque la mujer hubiere jurado y renunciado al beneficio del Senado-Consulto Veleyano por más que aquí toda obligación se presuma solidaria mientras no se demuestre lo contrario; pues toda obligación solidaria crea un vínculo jurídico, mediante el cual dos ó más personas están autorizadas para pedir, ó se comprometen á prestar determinada cosa ó servicio, según que la solidaridad sea constituida á favor de los acreedores, ó de parte de los deudores.

No hay para que ir deteniéndonos en repetir lo que antes dijimos de cada una de las clases de obligaciones ante el derecho general; si bien insistiremos en que las obligaciones á término se distinguen de las condicionales, en que aquéllas no están en suspenso, sino que se retarda su ejecución, pues si bien cede el día al perfeccionarse el contrato, no viene el día hasta que llegue el término señalado para ejecutarlo.

Extinción.

Lo mismo las obligaciones que nacen de nuestro Código Civil, que las que en Cataluña se derivan, no del derecho propio, sino de las disposiciones del tit. 35, lib. 1.º de las Decretales de Gregorio IX, bajo el epígrafe *De pactis*, cuyo capítulo 1.º tomado está del Concilio 1.º de Cartago, que manda observar los pactos, *Pacta quamtumcumque nuda, servanda sunt.*, se extinguen ó cesan en sus efectos, por diferentes causas; cuales son: solución pago ó cumplimiento de las obligaciones; ofrecimiento y consignación de la cosa debida; novación; condonación; compensación; confusión; destrucción de la cosa; nulidad ó rescisión del contrato, y prescripción; sin que nos veamos precisados á definir cada una de estas causas de extinción de la obligación, no sólo porque expli-

Digitized by Google

cadas están en el derecho general, sino porque implicaria una ofensa á los que conocen los más rudimentarios principios de derecho.

Sin embargo, debemos insistir en que ya al comentar el art. 1124 de nuestro Código, presentamos como distintas la *resolución* y la *rescisión* de las obligaciones, pues sabido es que para la resolución de las obligaciones se hace indispensable la concurrencia de las voluntades que confluyeron acerca del objeto y causa de toda convención ó medio legal de que se deduce la relación jurídica, mientras que la rescisión sólo es aplicable á contratos en los casos prefijados por la ley, y puede solicitarse por una sola parte, aun contra la voluntad de las demás.

Respecto del ofrecimiento del pago y de la consignación á que se refiere el art. 1176 de este Código, en Cataluña rigen los preceptos del derecho romano, con los que gran analogia tienen las prescripciones sobre el particular en las Partidas contenidas.

Relativamente á la pérdida de la cosa debida de que se ocupa el art. 1182 de este mismo Código, siguen en Cataluña las leyes romanas á las que se acomodó el derecho general.

LEGISLACIÓN DE NAVARRA

No hay leyes que definan la obligación, sus especies, y efectos, en el Fuero ni en la Novisima Recopilación de Navarra; no hay allí disposiciones propias que presenten un cuadro tecnico y completo de los contratos, clasificados según su naturaleza, su objeto y su fin.

Si hubieramos de establecer determinados preliminares de derecho foral navarro, seriamos dificil efectuarlo sin una repetición de ideas ya expuestas al tratar del derecho común, y solo podriamos recordar ciertas leyes sobre notarios y escrituras, algún tanto relacionadas con la materia que nos ocupa, y que, despues de la promulgación de la ley del Notariado y de la Instrucción para la redacción de documentos públicos, cayeron en desuso y derogados se hallan. Por lo tanto, todo cuanto se quisiera exponer como especial del derecho foral navarro seria imaginario y fantasmagórico, de no ocuparnos del derecho romano como su supletorio.

LEGISLACIÓN DE VIZCAYA

Impropios serian de un Fuero, que por excepción toma este carácter, los preliminares del sistema de contratación, pues esta teoria es demasiado filosófica para que una excepción de las leyes generales puedan sentar la base y fundamento, síntesis del género, dentro del cual, está incluida su especie.

Digitized by Google

Los Fueros de Vizcaya, llenos de originalidad, y teniendo por base la costumbre, estatuyen el derecho, no lo definen ni clasifican en sus escasísimas disposiciones.

CAPITULO V.

De la prueba de las obligaciones.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1214. Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

Al tratar este capítulo de la prueba de las obligaciones, lo hace bajo el aspecto subjetivo que toda prueba tiene, absteniéndose de entrar en tal materia bajo el aspecto adjetivo que la misma prueba tiene, pues nadie duda que la probanza reune ambos caractéres, y que bajo sus dos conceptos puede tratarse sin la contradicción é inoportunidad que algunos ven, tiene su parte esencial, y su parte puramente ritual, correspondiendo ésta á la ley de procedimientos, y la esencial al Código. Sobre esta tésis caben perfectamente las dos naturalezas; y en armónica relación la ley de Enjuiciamiento Civil con el Código, cada uno de dichos cuerpos de derecho podrá complementar el pensamiento y coronar la importantísima obra que llamado está á efectuar en nuestro derecho civil el tratado de la prueba.

No hemos de engolfarnos aquí en inútiles disertaciones acerca de las diferentes teorías sobre este punto del derecho sentadas por Pothier, Laurent, Dumoulin y otros eminentes publicistas. No hemos de entretenernos aquí en definir la prueba, toda vez que el Diccionario de la lengua que todos conoceis la define perfectamente, y la Academia Española señala sus diferentes acepciones; no hemos de expresar aquí, como dicen las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, del tit. 14, Part. 3.ª que la prueba es la manera con que se muestra y hace patente la verdad ó la falsedad de alguna cosa; nos basta á los que preparados estamos para leer un Código y podemos interpretar su tecnicismo, nos basta, repetimos, saber que las obligaciones deben probarse, que debe justificarse, que debe demostrarse la existencia jurídica de esas obligaciones, que debe acreditarse la vida del *vinculum juris*, y que, esa probanza, esa justificación de las obligaciones incumbe al que afirma su existencia y al que reclama su cumplimiento; y la extinción de las mismas toca probarla al que la afirma y la opone: esto es lo que preceptúa el art. 1214 de nuestro Código Civil, primero precisamente del capítulo de que entramos á ocuparnos; ó como dice el Digesto: *Ei incumbit*

Digitized by Google

probare qui dicit, non qui negat. Inexceptionibus, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere (leyes 2.ª, 9.ª y 19.ª, tit. 3.°, lib. 19), en lo cual, están conformes las leyes 1.ª y 2.ª, tit. 41, Part. 3.ª, y la 1.ª, tit. 7.°, lib. 11 de la Novísima Recopilación.

Y esto es de buen sentido, porque la razón dicta que cada uno debe probar el hecho en que funda su acción ó su excepción, según los casos: por ello el actor ó demandante debe justificar aquello que sirva de fundamento ó base á su demanda, y caso de no efectuarlo así, el demandado debe ser absuelto (leyes 4.ª, tit. 1.°, lib 2.° del Codigo Romano, y 1.ª, tit. 14.°, Part. 3.ª); así como el demandado debe probar el hecho en que funda la excepción por el mismo alegada, puesto que afirma su existencia, y sin ésta no hay excepción que pueda prosperar. Esta regla general, indiscutible, tiene sin embargo sus excepciones derivadas de la misma naturaleza de las cosas y de lógicas presunciones: así es que cada individuo se presume bueno mientras no se pruebe lo contrario; y esta sencilla presunción conduce á otra de ulteriores resultados, esta presunción hace que, si, uno que por la ley no puede menos de conceptuarse heredero forzoso, posesionado de la herencia de sus causantes, es demandado por otro heredero testamentario libre, éste tiene que probar no solo la desheredación de aquél, sino que es justa la causa de la misma.

Incumbe al que afirma la prueba Esta es la regla general.

Pero debe probarse la negativa cuando se halla limitada por circunstancias de lugar y tiempo, ó sea lo que vulgarmente se llama la coartada.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1196, y el de 1882 en su artículo 1231 proponian preceptos análogos, en completa conformidad con las prescripciones de la ley 1.ª, tit. 14, Part. 5.ª; sosteniéndose tal doctrina por el Tribunal Supremo de Justicia en diferentes sentencias, entre otras la de 22 de Enero de 1849, 28 de Junio de 1852, 9 de Diciembre de 1859, 1.° de Febrero de 1862, 12 de Junio de 1865, 8 de Junio de 1866, 2 de Julio de 1868, 30 de Mayo de 1870, y otras.

Concuerda con los arts. 2405 del Código de Portugal, 1314 del de Italia, 1315 del de Francia, 1902 del de Holanda, 1315 del de Bélgica, 1599 del de Veracruz-Llave, 1534 del del Uruguay en su primera parte, 1698 del de Chile, 972 del de Vaud, 1408 del Sardo, 2229 del de la Luisiana, 1353 del de Bolivia, y 1757 del de Colombia.

Art. 1215. Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones.

Señala aqui nuestro Código los medios de prueba, que reduce á seis, consignando en primer término la instrumental que realmente parece la más

Digitized by Google

solemne, por más que ni el Código, ni la doctrina sentada por el Tribunal Supremo admitan preferencia en la esencia de una prueba sobre otra, según puede verse sin más que leer algunas de las sentencias de dicho Tribunal entre otras la de 29 de Octubre de 1865, 25 de Noviembre de 1868, etc., etcétera, dentro de cuya prueba instrumental, ó por instrumentos como realmente le llama nuéstro Código, caben perfectamente la de documentos públicos y solemnes, documentos privados y correspondencia, y los libros de los comerciantes á que se refieren los núms. 2.°, 3.° y 4.° del art. 578 de la ley de Enjuiciamiento Civil: viene luego señalada en el art. 1215 que de nuestro Código comentamos la confesión como medio de prueba que corresponde al núm. 1.° del art. 578 citado de la ley de procedimientos; en tercer lugar se ocupa nuestro Código de la inspección personal del Juez, que guarda perfecta relación con el núm. 6.° del indicado art. 578 de la ley procesal; viene luego la prueba pericial, que coincide con el núm. 5.° del artículo tantas veces citado de la ley de enjuiciar: se consigna después la prueba testifical, que es la que figura en 7.° y último lugar en el mencionado art. 578 de la mentada ley adjetiva; y se incluye en nuestro Código en último lugar, una prueba no expuesta en nuestras leyes civiles, que es la de presunciones.

De manera que estos dos primeros artículos que encabezan este tratado de la prueba, sólo se dedican á enunciar las disposiciones generales sobre la misma para entrar de lleno después en cada una de las secciones que dicho capítulo comprende.

Precedentes encontramos en las disposiciones de los tits. 3.°, 4.° y 5.° del lib. 22, y en las del tit. 2.° del lib. 12 del Digesto; así como en la ley 8.ª, tit. 14, y en la mayor parte del tit. 11, Part. 3.ª; teniendo bastante relación el artículo que comentamos con lo que previenen los arts. 50, 51, 54 y la mayor parte de los comprendidos en el tit. 3.°, lib. 1.°, muy especialmente el art. 48 del Código de Comercio hoy en vigor, ó sea el de 1885.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1197, como el de 1882 en su art. 1232 proponían preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 1316 del Código de Francia, 1303 del de Italia, 1316 del de Bélgica, 2407 del de Portugal, 1903 del de Holanda, 1534 del del Uruguay en su segunda parte, 1590 del de Veracruz-Llave, 1698 del de Chile, 1354 del de Bolivia, 2230 del de la Luisiana, 973 del de Vaud, 1190 del de la República Argentina, 1490 del Sardo y 1757 del de Colombia; debiendo hacer presente que mientras los citados artículos de los Códigos de Francia y Bélgica consignan como clases de prueba la escrita ó literal, la testifical, la de presunciones, la de confesión de parte y juramento, explicadas en otras tantas secciones convenientemente divididas en apartados, siguiendo casi el mismo sistema los Códigos de Italia y Holanda; otros, como el Código de Veracruz-Llave, exponen los mismos medios de prueba, aunque en vez de tratar en quinto lugar del juramento, no queriendo sin duda violen-

Digitized by Google

tar la conciencia de los librepensadores, lo suplen por la aseveración bajo protesta de decir verdad: y el Código de Portugal solo consigna como medios de prueba: 1.°, la confesión de parte; 2.°, el reconocimiento y examen; 3.°, los documentos; 4.°, la sentencia firme; 5.°, la deposición de los testigos; 6.°, el juramento, y 7.°, las presunciones; no consignándose en el Código del Uruguay mas que la prueba instrumental, la testimonial, la de presunciones y el juramento; mientras que en el Código de la República Argentina se señalan seis medios de prueba, dos de los cuales pudieran reducirse á uno comprendiéndose bajo el nombre de instrumental, puesto que vienen marcados en dicho Código en la forma siguiente: por instrumentos públicos; por instrumentos particulares firmados ó no firmados; por confesión de partes judicial ó extrajudicial; por juramento judicial; por presunciones legales ó judiciales; y por testigos; de manera que se observa que casi todos los Códigos extranjeros modernos omiten la prueba pericial sin duda porque suponen que los peritos no son mas que unos testigos mas ó menos calificados cuya prueba no es plena ni semiplena, ni produce otros efectos que los de ilustrar á los Juzgadores en lo conveniente, sin que obliguen sus dictámenes á formar un criterio determinado ni sujeten para nada la conciencia del Juez.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS.

Art. 1216. Son documentos públicos los autorizados por un Notario ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

Nuestro Código en la sección primera de este capítulo trata de la prueba instrumental cómo acabamos de decir, y, para ser mas reglamentario y debidamente ordenado, hace lo que algunos publicistas critican y nosotros no podemos menos de aplaudir; es decir, que divide dicha sección en dos partes, una que se ocupa de los documentos públicos, y otra que expone y estudia los documentos privados, comenzando por definir en el art. 1216 que al presente comentamos; lo que son documentos públicos, bajo cuya acepción comprende todos los autorizados por un Notario ó empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley. Y tales documentos no son otros qne aquellos á que se refiere el art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues aun cuando los Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio como los representantes de Sociedades, comunidades ó asociaciones, no tengan en rigor el carácter de empleados públicos en toda la acepción de la palabra, para los efectos de una

Digitized by Google

prueba en juicio, la ley de Enjuiciamiento civil en el núm. 5.º de su art. 596, antes citado, (1) los conceptuaba tácitamente como tales, y así deben considerarse con relación á la entidad jurídica en que sirven ó á la que representan, haciendo fé en juicio las certificaciones por los mismos expedidas en forma legal aunque con los cotejos procedentes.

El precepto que nos ocupa, tiene sus precedentes en la ley 4.ª, tit. 4.º, libro 22.º del Digesto; ley 23.ª, párrafo 2.º, tit. 29.º del Código romano; como enalgunas disposiciones del tit. 18.º de la Part. 3.ª; especialmente en la ley 114.ª, y en las Novelas 47, 73 y 74; en la ley 3.ª, tit. 69.º, lib. 10.º del Código; en la ley 114.ª, tit. 18.º, Part. 3.ª, y en la ley 1.ª, tit. 23.º, lib. 10.º de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851 en su art. 1159, y el de 1882 en su art. 1233, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1315 del Código de Italia, 1317 del de Francia, 1535 del del Uruguay, 1591 del del Veracruz-Llave, 1317 del de Bélgica, 977 del de Vaud, 1799 del de Chile, 2231 del de la Luisiana, 917 del Sardo, 1905 del de Holanda, 2422 del de Portugal, 979 del de la República Argentina, y 1758 del de Colombia; viéndose en algunos de estos, como en el Argentino, que sus preceptos son casuísticos respecto á la materia que al presente nos ocupa, y que tienen los inconvenientes que presenta siempre el casuismo; mientras que las reglas generales sentadas por el Código de Veracruz-Llave y por el del Uruguay principalmente, así como por los de Italia, Francia, Holanda y Bélgica y el nuestro, dan ocasión á que bajo grandes y generales conceptos se extiendan más en la acepción jurídica de lo que es un documento público que todos los demás Códigos, que en lugar de fijar principios generales de los que se deduzca cuanto pueda abarcar la idea de tales instrumentos, limitan su determinación y cierran la inteligencia de lo que bajo tal palabra debe comprenderse; así es que leído el art. 1216 que de nuestro Código comentamos, nadie puede dudar que su alcance es tal, que llega, no solo á lo que de-

---

(1) Art. 596. Bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes se comprende 1.º Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho. 2.º Las certificaciones expedidas por los agentes de Bolsa y corredores de comercio, con referencia al libre registro de sus respectivas operaciones, en los términos y con las solemnidades que prescriben el art. 64 del Código de Comercio y leyes especiales. 3.º Los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 4.º Los libros de actas, estatutos, ordenanzas, registros, catastros y demás documentos que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias o de los pueblos, y de las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente. 5.º Las Ordenanzas, estatutos y reglamentos de sociedades, comunidades ó asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por autoridad pública, y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior. 6.º Las partidas o certificaciones de nacimiento, de matrimonio y de defuncion, dadas con arreglo á los libros por los párrocos, ó por los que tengan á su cargo el Registro civil. 7.º Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie.

Digitized by Google

termina taxátivamente el art. 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino á las certificaciones que se sacan de los Registros civiles y de la Propiedad, á las de las agencias diplomáticas y consulares, á las que proceden de escribanías de Juzgados con arreglo á los arts. 596 y 597 de la citada ley de Enjuiciamiento civil; á las certificaciones que se expiden en las Secretarías de los Ayuntamientos, tanto en relación á lo que determina el art. 1125 de la ley de 2 Octubre de 1873 en su número 7.°, como en lo concerniente á la R. O. de 18 Marzo de 1868, y á las capitulaciones que, donde no hubiere Notarios, pueden otorgarse ante los Secretarios de dichos Ayuntamientos, según el art. 1324 de este mismo Código, cuando su valor no excediere de 2500 pesetas; como de las certificaciones que se expidan por Agentes de Cambio, Bolsa, Corredores de Comercio y Corredores intérpretes de navíos, de que tratan los arts. 89 y 98 del Código de Comercio, como otras varias cuya enunciación solo habia de servir para molestar la atención de todo aquel que comprende perfectamente el concepto jurídico que la palabra documento público envuelve.

Art. 1217. Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial.

Es tan lógico el precepto de este artículo que no necesita comentario, y casi puede asegurarse que por su naturaleza no puede ser objeto de comentario alguno. ¿Qué va á decirse respecto de un artículo que manda lógicamente que los documentos en que intervenga Notario público, se regirán por la legislación Notarial? Pues sencillamente asentir con tal precepto, y tener en cuenta las prescripciones de la ley de 28 de Marzo de 1862 sobre constitución del Notariado, el reglamento para su ejecución de 30 de Diciembre de 1862, el de 9 de Noviembre de 1874, la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, y la ley del Registro de la propiedad (ó sea la ley hipotecaria consignada ya en otro lugar de esta obra); el Real Decreto de 20 de Enero de 1881, aprobando la nueva demarcación notarial, y dictando reglas sobre protocolización de actos judiciales, requisitos de las escrituras en general, documentos en que ietervengan extranjeros y los no escritos en español, los aranceles de 8 de septiembre de 1885, el art. 93 del Código de Comercio antes citado; la base 19 de la ley de 11 de Mayo de 1888 para la redacción de este Código, etc.; sin que haya que dirigir una mirada retrospectiva hacia el derecho romano, perfectamente tratado por Maynz, Laserna, Horto lan y otros, ni hacia nuestro antiguo derecho patrio por que al no verse allí tratado esto más que en su caso dispersamente y sin concierto, introduciría una confusión contraria á la claridad que debe establecerse en todo comentario.

Digitized by Google

Art. 1218. Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto á las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

Incuestionable es también lo que acaba de exponerse, y por lo tanto incomentable. ¡Como no han de hacer prueba los documentos auténticos, cuando son la demostración más indeleble, más palpable e imperecedera de los hechos á que se refieren! Y si esto liga á los contratantes y á sus herederos, porque el contrato lo hacen para si y sus sucesores, con relación á las manifestaciones hechas en los mismos intrumentos; no puede menos de hacerla contra terceros que pretenden derechos contrarios al que motivó su otorgamiento, y respecto de su fecha, sin perjuicio de redargüir de falso, civil ó criminalmente cualquier instrumento.

Sin detenernos á examinar las diferentes opiniones de varios jurisconsultos, no podemos menos de mostrarnos conformes con Pothier, respecto de que una escritura prueba contra un tercero que el pacto se celebró como en la misma se expresa; asi es que una escritura de venta de una finca, justificará la venta en los términos y fecha allí consignados, aun contra terceros independientes de los contratantes, pero ninguna escritura obligará ó hará fe contra un tercero que en la misma no intervino; de manera que el instrumento público es un título de ligámen y cumplimiento para los que en ella intervinieron paccionando determinados hechos, y no pasa de ser un título de respeto para con los demás.

Se encuentran precedentes en la ley 2.ª, tit. 22, lib. 9.° del Código Romano ley 2.ª, tit. 4,°, lib. 22 del Digesto; ley 114.ª, tit. 18.°, Part. 3.ª; muy principalmente en estas dos últimas, que dicen, hacen fe generalmente, que la escritura vale para probar lo que *en ella dixere el escribano público.*

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1201, y el de 1882, en su art. 1234, proponian preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1317 del Código de Italia, 1319 del de Francia, 1907 y 1908 del de Holanda, 1319 del de Bélgica, 1594 del de Veracruz-Llave, igual en la esencia al nuestro: 2425 y 2426 del de Portugal, 1536 y 1537 del del Uruguay, 2233 del de la Luisiana, 979 del de Vaud, 993 al 995 del de la República Argentina, 1700 y 1701 del de Chile, 1759 del de Colombia, 1416 del Sardo, 1271 del de Nápoles, y otros; guardando perfecta relación el art. 1218 que de nuestro Código comentamos, con los arts. 597, 598 al 601 de la ley de Enjuiciamiento civil, con el art. 30 de la ley del Notariado, y los arts. 85 al 90 del Reglamento para su ejecución.

Digitized by Google

El Código francés y el belga, idénticos sobre este extremo, determinan extensamente el alcance de la fuerza probatoria de todo instrumento auténtico, pues hace fe, según ellos, para el convenio á que se refiere entre las partes contratantes y sus herederos y causa habientes; salvo que en caso de querella por falsedad en lo principal, se suspenderá la ejecución del acto por esta sola denuncia; y en caso de que ésta se haga por falsedad acaecida incidentalmente, podrán los Tribunales, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del acto. Según el Código argentino, todo instrumento público hace plena fe hasta que sea redargüido de falso; y hace fe no solo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., etc., en el mismo contenidos; y con relación á las partes, y respecto á terceros en las enunciaciones de los hechos ó actos jurídicos directamente relacionados con el acto jurídico principal objeto de su otorgamiento; siendo sustancialmente igual el de Italia: mientras que el Código del Uruguay expresa que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; y en este sentido la fuerza probatoria del instrumento público, será la misma para todos, produciendo el efecto de probar plenamente las obligaciones y descargos en él contenidos respecto de los otorgantes y de las personas á quienes dichas obligaciones y descargos se transfieran por título universal ó singular.

Art. 1219. Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquélla hubiese sido anotado en el registro público competente ó al márgen de la escritura matriz y del traslado ó copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero.

Dijimos ya que las escrituras no pueden hacer fe contra tercero más que en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y en lo relativo á la fecha, porque como prescriben las leyes 10.ª, tit. 20, lib. 12, y 74.ª, tit. 17, lib. 50 del Digesto *res inter alios acta neque nocet, neque prodest*; pero tratándose de *contra-escritura* para alterar ó modificar sus obligaciones, todavía puede menos producir efecto contra terceros, porque, esas alteraciones llevan siempre la idea del engaño y del fraude, que la ley no debe ni puede amparar; así es que la solución dada por el Código á este asunto remedia algo el mal; pero no lo estirpa, por cuanto aunque algo significa que para su validez y eficacia sea preciso que se anote en el registro público, como no es fácil que todos sospechen una contrafacción maliciosa y fraudulenta, debiera exigirse para su validez contra terceros la modificación en forma legal á cuantas personas pudieran perjudicar esas contra escrituras, y el consentimiento expreso de dichas

Digitized by Google

personas, ó el tácito deducido por su silencio durante seis meses después de la notificación.

El Proyecto de Código de 1851, en su segundo apartado entraña un precepto análogo, y aunque en la primera parte se ocupaba también de los documentos privados hechos por los contrayentes para alterar lo pactado en escritura pública, como tales documentos privados no pueden prevalecer contra lo consignado en un título público, nuestro Código omite lo que en primer lugar tal Proyecto exponía, y siguiendo las inspiraciones del Proyecto de 1882 marcadas en su art. 1236, se concreta á las alteraciones intentadas por medio de contra escrituras; poniéndose en armonía con lo establecido en el art. 396 de la ley Hipotecaria y el art 8.° de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874 para la redacción de documentos sujetos á registro.

Concuerda en parte con los arts. 1319 del Código de Italia, 1321 del de Francia, 1910 del de Holanda, 1321 del de Bélgica, 2236 del de la Luisiana, 1541 del del Uruguay, los cuales son más severos que el nuestro, pues niegan rotundamente que las contra escrituras puedan producir efecto contra terceras personas, sin salvedad alguna: siendo más parecidos al nuestro en todas sus partes el art. 996 del de la República Argentina; la segunda parte del art. 1610 del de Veracruz-Llave, el 1707 delde Chile, el 1766 del de Colombia, y otros.

Art. 1220. Las copias de los documentos públicos de que exista matriz ó protocolo, impugnadas por aquellos á quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas.

Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera.

Idéntico esencialmente este artículo al 1611 del Código de Veracruz-Llave, viene á demostrar que el legislador ha sido demasiado previsor y conociendo que los documentos matrices quedan en el protocolo (πρῶτος-κόλ λειν) (etiquetas ó sello) (pegar), y que las copias de los documentos públicos son los que se hallan á disposición de las partes como medios de prueba, para el caso de que dichas copias fuesen impugnadas, se les considera con fuerza justificativa cuando, debidamente cotejadas, estén conformes con sus originales, y si disintiesen, se atenderá á lo que en la matriz se vea consignado.

Sin recordar aquí que la ley 2.ª, tit. 3.° lib. 22 del Digesto, y la Novela 23 en su cap. 2.° llamaban *protocolo* á la matriz, como *registro* denominábase dicha matriz por la ley 8.ª, tit. 19, Part. 3.ª; y cuyos nombres indistintamente usan, uno ú otro las leyes recopiladas, muy principalmente las leyes 1.ª y 6.ª, tit. 23, lib. 10 de la Nov. Recop., hemos de esponer si, que la segunda parte del art. 1220 que de nuestro Código comentamos tiene sus verdaderos precedentes

Digitized by Google

en la ley 2.ª, tit. 3.º, lib. 22 del Digesto, en el cap. 2.º de la Novela 23, y en la ley 8.ª, tit. 19, Part. 3.ª; habiéndose propuesto preceptos análogos tanto en el art. 1215 del Proyecto de 1851 (lo mismo que el ya citado del Código de Veracruz-Llave), como en el 1237 del de 1882: y como según unas y otras disposiciones en las copias no puede haber más ni menos que en el original, de aquí el que mientras exista la matriz, solo hará fe la copia en lo que conforme con ella estuviere.

Concordancias vemos en los arts. 1925 del Código de Holanda, 1334 del de Francia, 1333 del de Italia, 1334 del de Bélgica, 1010 y 1009 del de la República Argentina, cuyos artículos citamos invertidos, porque invertidos sus preceptos están más en relación con los dos apartados del que comentamos; 1380 y 1381 del de Bolivia, 992 del de Vaud, 2498, 2500 y 2501 del de Portugal, y otros; observándose bastante relación con lo que prescriben los arts. 8.º del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874, 30 de la ley del Notariado, 85 al 90 del Reglamento para su ejecución; y 508 al 511, 597 al 600 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1221. Cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo ó los expedientes originales, harán prueba:

1.° Las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara.

2.° Las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados.

3.° Las que, sin mandato judicial, se hubieren sacado en presencia de los interesados y con su conformidad.

A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta ó más años, siempre que hubieren sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó ú otro encargado de su custodia.

Las copias de menor antigüedad, ó que estuvieren autorizadas por funcionario público, en quien no concurran las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, sólo servirán como un principio de prueba por escrito.

La fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los Tribunales según las circunstancias.

Artículo es este en que se prevee el caso en que la matriz, el original de un instrumento público, ó el protocolo desparezca; puesto que la incuria, los accidentes inevitables de la vida y la malicia de los hombres de mala fé, pueden hacer desaparecer ese verdadero original, cualquier nombre que se le quiera

Digitized by Google

dar, y para tales casos el legislador no quiere dejar sin prueba documental á las personas honradas que conservan una copia del instrumento público á que se refieren. Nuestro Código determina concienzudamente, con causa, y no caprichosamente, los casos diversos que ocurrir pueden: señalando, en primer término, como documentos con fuerza probatoria las copias primeras, sacadas por el funcionario público que las autoriza, porque hay escrituras de las que el Notario que las autorizó no puede dar más que una copia á la parte interesada sin mandamiento judicial, pues en todas aquellas obligaciones cuyo cumplimiento puede reclamarse tantas veces cuantas aparezca esa primera copia, que suele llamarse *original*, como las de dar, hacer, pagar, etc., etc. las primeras copias tienen tal fuerza que traen aparejada ejecución; y para evitar abusos, y sobre todo duplicidad de reclamaciones, el Notario debe consignar en su protocolo que dió dicha copia: así es que caso de estravío ó inutilización, el acreedor no puede proveerse de otra sino acudiendo al Juez competente, con afirmación jurada de que la causa de su petición es cierta, sin que medie culpa ni malicia propia, y de que no está pagado el crédito, cuya autoridad dará mandamiento judicial para que el Notario expida una segunda copia, tomadas las precauciones convenientes, como la de oir al deudor préviamente, y poniendo la correspondiente nota en el protocolo de lo sucedido, y de que aún cuando pareciese la original no se podrá con ella hacer nueva reclamación, puesto que la supletoria hace sus veces y surte todos sus efectos: conceptos por los que vienen en segundo lugar en nuestro Código las copias ulteriores libradas por mandamiento judicial, con citación de los interesados.

Pero como otras escrituras hay, en virtud de las que el acreedor no tiene acción para pedir mas que una vez la cosa donada, permutada ó vendida, el Notario puede dar á los interesados (no á los extraños), cuantas copias necesiten, sin las formalidades judiciales antes indicadas; y por ello nuestro Código coloca en tercer lugar las copias de escrituras que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad.

Mas pueden faltar todos estos instrumentos, y conservar el acreedor copia de cierta antigüedad, de treinta años ó más; en cuyo caso hacen prueba tales copias, porque es de inferir que cuando se sacaron no se pensase en el asunto que ha dado origen á su presentación, y por ello no es fácil argüir malicia respecto de tales copias, si en las mismas consta que fueron tomadas del original por el funcionario que lo autorizó ó por otro encargado de su custodia, que es lo que preceptúa el antepenúltimo apartado del art. 1221 que de nuestro Código comentamos.

Las copias de menor antigüedad no sacadas por el autorizante ó por el encargado de la custodia del protocolo, no pueden tener la misma fuerza probatoria, porque sería peligroso dar fé á una copia hecha por uno que carece de carácter para atestiguar la verdad de matrices que no son suyas ni las de sus

Digitized by Google

predecesores; y como el que proveyó de tal copia, no siendo el que autorizó la escritura matriz ó el encargado de su custodia, abusó de cualquier otro carácter con que lo hiciese, y traspàsó los límites de su cargo de ofi ial que sería bajo el único concepto que podría materialmente haber sacado dicha copia, nuestro Código, al considerar en el penúltimo apartado del artículo que nos ocupa que tal copia constituye un principio de prueba, se muestra demasiado benévolo, por más que exige haya de justificarse que al dar dicha copia se procedió de buena fé.

Respecto de las copias de copias, cuya fuerza probatoria confía dicho artículo en su último apartado á la prudente discreción de los Tribunales, según las circunstancias del caso, nada hemos de decir, porque nadie ha de penetrar en la conciencia de los juzgadores; conciencia que, como la natural conciencia de todo hombre honrado, todos debemos respetar, y que siendo ilustrada merece más respeto, así es que la copia de una copia autorizada por el Notario que otorgó la matriz, ha de merecer más crédito que otras copias, y aunque algunos Códigos extranjeros como el francés, el belga, el holandés, solo les dan el crédito de indicios, nuestro Código es más lógico y da á entender la confianza que les inspiran los Tribunales.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 11, tit. 19, Part. 3.ª, y en la ley 5.ª, título 23, libro 10 de la Novísima Recopilación; habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1216 del Proyecto de Código de 1851 y en el artículo 1238 del de 1882.

Concuerda con los arts. 1612 del Código de Veracruz-Llave, igual al nuestro; 1335 del de Francia. 2248 del de la Luisiana, 1336 al 1339 del de Italia, 1335 del de Bélgica, 1380 y 1381 del de Bolivia, 993 del de Vaud, 1554 del del Uruguay, idéntico al nuestro, si bien el término de antigüedad lo fija en veinte años; 1926 del de Holanda; diciendo únicamente el art. 2429 del Código de Portugal que los documentos que se extraviasen ó perdiesen, pueden suplirse judicialmente; y tienen gran relación con el artículo que comentamos los arts. 17, 18, 32 y 39 de la ley del Notariado, los arts. 47, 57 al 59, 78 al 84, 91 y 101 del Reglamento para su ejecución, y 598 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 1222. La inscripción, en cualquier registro público, de un documento que haya desaparecido, será apreciada según las reglas de los dos últimos párrafos del artículo precedente.

Nada de extraño es lo que se previene en este artículo, pues aunque la simple inscripción de un instrumento en cualquier Registro público no puede suplir al mismo instrumento, como dicha inscripción se hace en virtud de la presentación de una copia, aunque ésta no fuese cierta, pasaría por verdadera al desaparecer el original, no pudiendo realizarse prueba alguna de su falsedad;

Digitized by Google

pero como hay instrumentos que no pueden surtir cumplido efecto sin la inscripción en el Registro público, teniéndose que hacer ésta por un funcionario que no es el que redactó el tal instrumento, no podría hacer fe por sí misma á falta de matriz, si bien es lógico presumir que el Registrador no inscribió tal título sin que existiera, y por ello el Código les da carácter de principio de prueba por escrito, como á las copias á que se refieren los dos últimos apartados del art. 1221.

El Proyecto de 1851, en el art. 1217, como el art. 1239 del Proyecto de 1882 proponían preceptos análogos, si bien el primero exigía para conceptuar la inscripción como principio de prueba escrito, ciertos requisitos de que hoy nuestro Código nada dice, pero que en la esencia los contiene, pues se refiere á la pérdida cierta y consciente de las minutas de Notario, correspondientes al año en que aparece otorgado aquel instrumento, y á la conservación en debida forma del índice, en el que conste que el instrumento fué otorgado en la fecha del que se presenta registrado. Nosotros, sin embargo, no hemos de ir más allá de donde nuestro Código va, ni hemos de preconizar lo que el primer Proyecto proponía, pues desde el momento en que se admite sólo como principio de la prueba escrita, dicho se está que su complemento estará en la demostración de esa pérdida en las indicaciones de los índices, y en las declaraciones que oportunamente vengan á corroborar la existencia cierta y eficaz del título á que se refiere la inscripción.

Concuerda con los arts. 1336 del Código de Francia, 1927 del de Holanda y 1336 del de Bélgica.

Art. 1223. La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario ó por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes.

Acerca de este precepto, poco ó nada hay que decir, pues si la escritura es defectuosa, inconcuso parece que no pueda tener la fuerza de un verdadero documento público, pero como en la misma, expresada queda la voluntad de las partes aunque sea de un modo menos solemne, desde el momento que en dicha escritura defectuosa constan las firmas de los otorgantes, debe conceptuarse que sin haberse mostrado su intención de considerar la autenticidad del instrumento como una indispensable condición del pacto, es una prueba que lógicamente puede comprenderse dentro de las que constituyen los documentos privados; y esto se encuentra en perfecta relación con lo que determinan los arts. 20 al 28 de la Ley del Notariado y 48 al 51 y 60 al 68 del Reglamento para su ejecución.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1203, como el de 1882, en su artículo 1240 proponían preceptos análogos; y concordancias vemos hasta cierto

Digitized by Google

punto en los arts. 1318 del Código de Francia, 1316 del de Italia, 1318 del de Bélgica, 2232 del de la Luisiana, 978 del de Vaud, 1415 del Sardo, 1210 delde Nápoles, 1906 del de Holanda, 1596 del de Veracruz-Llave, 998 del de la República Argentina, 1539 del del Uruguay, y otros; siendo de notar que, en Francia, si bien por regla general tienen el carácter de privados los documentos públicos á los que falta alguno de los riquisitos que taxativamente para los mismos se previenen por la ley, es doctrina establecida por el Tribunal de casación de aquel país, que si la nulidad del documento público se deriva de haber sido autorizado por un Notario que tuviere interés en el mismo, será nulo hasta como documento privado.

Art. 1224. Las escrituras de reconocimiento de un acto ó contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso ú omisión se apartaren de él, á menos que conste expresamente la novación del primero.

Es de buen sentido que ninguna escritura de reconocimiento de un acto ó contrato altere la sustanciabilidad del documento público en que tal contrato ú obligación se hubiera constituido, aunque en la segunda escritura, ó sea en la de reconocimiento, se sufriese una omisión ó se expresase mas de lo que se determina en la primera, pues refiriéndose la de reconocimiento del contrato á la de constitución del mismo, á ella deben atenerse las partes sin que se conceptue novado el contrato por la segunda mas que cuando expresamente así se determinase, pues el reconocimiento no puede ser más que una confirmación de aquello que ya debidamente se estableció.

En censos y prestaciones anuas ó derechos perpétuos de cualquier especie suelen ser frecuentes estos reconocimientos, y su utilidad se comprende perfectamente sin más que fijarse en que, remontándose por lo general los títulos primordiales de tales censos á lejanas épocas, están expuestos á desaparecer por miles de accidentes, y para obviar esta dificultad se emplea la escritura de reconocimiento que no es otra cosa que la confirmación de la obligación ya existente, en virtud de un título primordial en el cual ha de verse siempre la verdadera voluntad de las partes y la eficacia del contrato del que han de deducirse los efectos de la obligación paccionada, sin que haya de verse una novación en tales escrituras de reconocimiento, porque siendo ley principal en los contratos la voluntad de las partes, para que hubiera verdadera novación sería indispensable que la volición de esas mismas partes se consignase de una manera positiva y determinada que constituyese la nueva obligación.

Y sin que entremos ahora en consideraciones acerca de las diferentes tendencias que se ven sobre este particular en los estudios jurídicos de tan nota-

Digitized by Google

bles publicistas como Goyena, Rogrón, Pothier y Dumoulin, nos circunscribiremos á expresar que ya el Proyecto de 1881 en su art. 1218 como el de 1882 en su art. 1241, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1615 del de Veracruz-Llave, 1340 del de Italia, 1928 del de Holanda, 1538 del del Uruguay, 2251 del de la Luisiana, 1337 del Código de Francia, 1450 del Sardo y 1337 del de Belgica; viéndose en todos ellos imperar la idea de que el documento de reconocimiento es aquel que el deudor entrega la acreedor con objeto de confirmar la vida jurídica de una obligación á título primordial.

DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.

Art. 1225. El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causa-habientes.

Si bien es cierto que entre los documentos privados y los públicos hay entre otras diferencias la muy esencialisima de que los públicos hacen fé por si mismos, mientras no la hacen en esas condiciones los privados; parece raro á primera vista lo que el artículo que acabamos de consignar preceptúa, pues al que ligeramente lo lea, se le ocurre enseguida la idea de que si el documento privado, legalmente reconocido, tiene el mismo valor de la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito, resulta inútil el otorgamiento de escrituras, especialmente cuando la confianza existe entre las partes no hay para que proporcionarse los gastos que aquellas ocasionan; pero bien estudiado el precepto que nos ocupa, se ve perfectamente la razón de ser de las diferencias entre el documento privado y el documento público y la no menos lógica y razonable causa del precepto que al presente comentamos.

En primer lugar, el documento público tiene fuerza obligatoria por si mismo, fuerza que sólo se pierde provisionalmente por redargüirlo de falso, definitivamente por el vencimiento en un juicio, ó sea por la plena probanza de su falsedad, ó de la concurrencia de defectos sustanciales que lo anulen; mientras que el documento privado no hace fuerza por si, sino que es indispensable para que la haga el reconocimiento legal de sus otorgantes; y entonces sólo es cuando tiene el mismo valor que la escritura, no por su naturaleza y esencia, sino por la confesión de parte que implica el reconocimiento legal que en lo civil releva de prueba, pues sabido es que siguiendo las prescripciones de la ley 207 de *Regulis juris* ó las de la ley 32, tit. 34, Part. 7.ª, pasa como inconcuso el principio jurídico *res judicata pro veritate habetur*.

Precedentes encontramos en las leyes 25, párrafo último, tit. 3.°, lib. 22; 26, párrafo 2.°, tit. 3.°, lib. 16; 24 y 26, tit. 5.°, lib. 13 del Dig.; ley 11, tit. 18, lib. 8.°

Digitized by Google

del Código romano; leyes 119, tit. 18, Part. 3.ª: 32, tit. 34, Part. 7.ª; leyes 4.ª, título 28, lib. 11; 1.ª y 2.ª, tit. 9.º, lib. 11 de la Nov. Recop.: y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1204, como el de 1882 en su art. 1242, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1322 del Código de Francia, 1320 del de Italia, 1322 del de Bélgica, 1598 del de Veracruz-Llave, 1912 del de Holanda, 1498 del Sardo, 1026 del de la República Argentina, 1474 del de Nápoles, 1542 del del Uruguay, 2239 del de la Luisiana, 980 del de Vaud, 1966 del de Bolivia, 1702 del de Chile, 1432 del de Portugal, y otros.

Art. 1226. Aquel á quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado á declarar si la firma es ó no suya.

Los herederos ó causa-habientes del obligado podrán limitarse á declarar si saben que es ó no de su causante la firma de la obligación.

La resistencia, sin justa causa, á prestar la declaración mencionada en los párrafos anteriores podrá ser estimada por los Tribunales como una confesión de la autenticidad del documento.

Los preceptos comprendidos en el artículo que se acaba de consignar pudieran pasar perfectamente dentro de la prueba de las confesiones en juicio, y realmente se encuentran comprendidos en las prescripciones del art. 604 de la ley de Enjuiciamiento Civil, si bien en el art. 1226 que comentamos, se hallan consignados dichos preceptos con más claridad y con más expresión, relacionándose también el artículo que comentamos con lo que se previene en el artículo 1431 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y muy principalmente en su apartado segundo, así como en el art. 593, y aún en los arts. 579 al 583 de la citada ley de Enjuiciamiento.

Precedentes encontramos en la ley 4.ª, tit. 30, lib. 4.º del Código romano, ley 119, tit. 18, Part. 3.ª, leyes 1.ª y 2.ª, tit. 9.º, lib. 11 de la Nov. Recop.: y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1205, como el de 1882 en su art. 1243, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1323 del Código de Francia, 2240 del de la Luisiana, 981 del de Vaud, 1275 del de Nápoles, 1913 del de Holanda, 1323 del de Bélgica, 1321 del de Italia, 2435 del de Portugal, 1599 del de Veracruz-Llave, que es literalmente igual á los dos primeros párrafos del nuestro, y el tercero tiene cierta analogía con el 1600 de dicho Código. Concuerda también con los arts. 1031 al 1033 del de la República Argentina, 1968 del de Bolivia y 1544 y 1545 del del Uruguay.

Digitized by Google

Art. 1227. La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado ó inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, ó desde el día en que se entregase á un funcionario público por razón de su oficio.

Si se tiene en cuenta que el documento privado no hace fe contra terceros como el público, sino que se circunscribe en sus efectos á los que le firmaron sus herederos y causa-habientes, posible es tacharle de innecesario; pero como consignándose en el documento privado una fecha anterior á la verdadera irrogarıase perjuicio á un tercero, de aquí la necesidad de fijar desde cuando la fecha ha de tenerse por cierta y solo desde ésta contra terceros ha de hacer fe; por ello nuestro Código la fija en el dia en que se hubiere incorporado ó inscrito en un Registro público, desde la muerte de uno de los que la firmaron, ó desde el dia en que se entregare á un funcionario por razón de su oficio. La razón de ser de tales preceptos se explica pèrfectamente, pues si hace fe desde el dia en que se incorpore ó inscribe el documento en un Registro público, es porque la autenticidad de la fecha del Registro garantiza la del instrumento privado, cuando menos desde el dia en que se inscribió. Si la hace desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, es porque desde entonces no hay posibilidad de que el finado la firme, y por ello se hace menos fácil su suplantación; y desde que se entrega á un funcionario público, porque desde ese momento, haciéndose constar debidamente la fecha de su entrega, es legalmente imposible la alteración de esa fecha, y por consiguiente, solo desde aquella fecha podrá hacer fe contra terceros.

Cuestiones, sin embargo, y dudas se suscitan, sin que todos estén conformes en su resolución: hay quien pone en tela de juicio si el documento privado hace fe contra tercero, desde el momento en que es reconocida su existencia por escrito de aquel á quien pueda perjudicar; pero esto, en nuestro concepto, no puede dar lugar á duda, si al reconocerlo, nada se excepciona respecto de la fecha, porque nadie puede volverse contra sus propios actos: *nec mutare consilium suum in alterius injuriam.* También se suscita la duda de si la expresada fecha deberá contarse no solo desde la muerte de uno de los que firmaron, sino desde que cualquiera de los firmantes, por mutilación de las manos ó por cualquier otra razón atendible se imposibilita para firmarlo, en lo cual, no podemos menos de opinar afirmativamente, pues sobre no darse las leyes para fenómenos raros, donde hay la misma razón, igual debe ser el derecho *ubi eadem ratio, idem jus est.*

Vemos precedentes en el art. 91 del Reglamento para la ejecución de la ley del Notariado; y tanto el art. 1209 del Proyecto de 1851, como el art. 1244 del Proyecto de 1882 propusieron preceptos análogos.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1327 del Código de Italia, 1328 del de Francia, 1917 del de Holanda, 1328 del de Bélgica, 1290 del de Nápoles, 1431 del Sardo, 985 del de Vaud, 1374 del de Bolivia, 1035 del de la República Argentina, 1548 del del Uruguay, 1703 del de Chile, 2436 del de Portugal, 1762 del de Colombia, 1604 del de Veracruz-Llave, debiendo hacer presente que éste, el argentino y el de Holanda, admiten tambien la fecha del reconocimiento por escrito del documento privado por el tercero á quien se opone dicho instrumento.

Art. 1228. Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen.

Determinase en este artículo la fuerza probatoria de los asientos, registros y papeles privados, de una manera tan clara y tan conforme á la razón natural que casi no se sabe qué decir al comentarlo, pues natural es que produzcan efecto contra el que los ha escrito y firmado en cuanto conste con claridad; y el que quiera aprovecharlos, haya de aceptarlos en todas sus partes, lo mismo en lo favorable que en lo adverso.

Y claro es, que por más que esto quede al prudente arbitrio judicial, ha de hacer más prueba un libro ó cuaderno diario particular, que unas hojas sueltas y que las notas puestas al márgen ó al dorso de un documento. En cuanto á la claridad, se refiere á que no haya partidas rayadas, borradas ó encuadernadas, pues éstas no pueden hacer prueba: debiendo hacerse presente que si bien los diarios, cuadernos ó manuales hacen fe aunque estén escritos de otra mano y sin firma, porque ha de presumirse que los mandó escribir aquel de cuyo poder no salieron, los papeles sueltos deben estar firmados por aquel en cuyo poder se encuentran, y aún en este caso no probarán obligación contra tercero.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, tit. 19.º, lib. 4.º del Código romano; 16.ª, tit. 7, lib. 26 del Digesto; 121.ª, tit. 18, Part. 3.ª: y tanto el Proyecto de 1851, en su art. 1211, como el Proyecto de 1882, en su art. 1245, propusieron preceptos análogos; teniendo gran relación con lo prescrito en el art. 48 del Código de comercio.

Concuerda con los arts. 1330 del Código de Italia, 1331 del de Francia, 1918 del de Holanda, 1331 del de Bélgica, 2439 del de Portugal, 1549 del del Uruguay, 1030 del de la República Argentina, 1378 del de Bolivia, 989 del de Vaud, 2245 del de la Luisiana, 1704 del de Chile, 1605 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1229. La nota escrita ó firmada por el acreedor á continuación, al márgen ó al dorso de una escritura que obre en su poder, hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor.

Digitized by Google

Lo mismo se entenderá de la nota escrita ó firmada por el acreedor al dorso, al márgen ó á continuación del duplicado de un documento ó recibo que se halle en poder del deudor.

En ambos casos el deudor, que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.

Consecuencia de los principios anteriormente sentados son los preceptos que en este artículo acaban de consignarse. Así es que no puede menos de producir prueba la nota escrita ó firmada por el acreedor á continuación, al margen, ó al dorso de una escritura que obra en su poder, y hace tal prueba en todo lo favorable al deudor, porque natural es que si el acreedor confiesa en nota puesta en el título de crédito, que jamás salió de su poder, que ha recibido lo que se le adeudaba, nadie podrá dudar tal aseveración. Y lo propio debe suceder con las notas puestas por el acreedor en el duplicado que tenga en su poder el deudor, pues aunque es más fácil una suplantación, mientras esas notas no se demuestre que son falsas, equivalen á un recibo ó finiquito. Pero viene el tercer apartado de este artículo sentando, como el anterior, un principio tan justo como equitativo, que el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.

No hemos de dedicarnos á encomiar lo que por sí mismo se hace digno del mayor encomio; ni hemos de detenernos á examinar las exageradas teorías de algunos publicistas como Pothier que pretenden debe hacer prueba hasta la nota borrada ó rayada que se encuentre en el documento que no haya salido de poder del acreedor, pues si bien pudiera suponerse que él mismo la puso con conocimiento de causa, pudiera ser hija de un error su consignación, y por ello haberse tachado, ya que no queramos sospechar siquiera lo que en extremo verosímil es, que hubiera habido sorpresas en demostración de solvencias inciertas.

De todos modos, nos basta con lo dicho acerca de los preceptos contenidos en el art. 1229 que de nuestro Código comentamos, que creemos justo en extremo, y de una tan exacta precisión que no puede dar lugar á pleitos.

El Proyecto de 1851 en su art. 1212, como el art. 1246 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1332 del Código de Francia, 1920 del de Holanda, 1231 del de Italia, 1332 del de Bélgica, 2438 y 2440 del de Portugal, 1030 del de la República Argentina, 1550 del del Uruguay, 1705 del de Chile, 1379 del de Bolivia, 2446 del de la Luisiana, 990 del de Vaud, 1764 del de Colombia, 1607 y 1608 del de la Baja California, y otros.

Art. 1230. Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero.

Digitized by Google

Es de buen sentido el precepto de este artículo, pues si un documento privado que se otorgase para alterar ó desvirtuar lo que se estableció en escritura pública, produjese efecto contra tercero, sería el mayor de los absurdos, tanto porque en nuestro concepto los documentos privados no pueden tener fuerza para destruir un documento público, como porque, según ya dijimps al comentar el art. 1219 de este mismo Código, caben en estos casos tal cúmulo de falsedades y argüyen tan mala fe estos contra-documentos ó contra escrituras, que se hace indispensable rechazarlos, pues si bien es cierto que los contrayentes pueden revocar ó modificar sus obligaciones, las *contra escrituras* ó *contra documentos* que se otorgan, encierran casi siempre la intención culpable de engañar á terceras personas por un acto aparentemente serio, y por este motivo la mayor parte de los Códigos extranjeros prescriben que no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes, y nunca contra terceros, pues si esto sucediese, como no pueden tener conocimiento de tal acto más que las personas que en él intervienen y que se proponen qne aparezca oculto, se favorecería la simulación de contratos, y si se les diese alcance contra aquéllos que los desconocen se sentaría el mayor de los absurdos.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1214, como el Proyecto de 1882 en su art. 1247, propusieron preceptos análogos, y concordancias vemos en el artículo 1910 del Código de Holanda, 1321 del de Francia, 1319 del de Italia, 1321 del de Bélgica, 1707 del de Chile, 2236 del de la Luisiana, 1273 del de Nápoles, primera parte del 1766 del de Colombia y 1610 del de Veracruz-Llave.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LA CONFESIÓN.

Art. 1231. La confesión puede hacerse judicial ó extrajudicialmente.

En uno y otro caso, será condición indispensable, para la validez de la confesión, que recaiga sobre hechos personales del confesante, y que éste tenga capacidad legal para hacerla.

Trátase en esta sección 2.ª de la confesión que ya el art. 1215 de este Código en segundo término consignó como un medio de prueba, y aunque, según hemos dicho anteriormente, ninguno de los medios de prueba consignados en aquel artículo es más ó menos eficaz para los efectos de la ley, aunque ninguno de ellos tiene preferencia sobre el otro, según sentó el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, entre ellas las de 29 de Octubre de 1865 y 25 de Noviembre de 1868, debiendo valer mas á los ojos de los Tribunales aquel que,

Digitized by Google

según su ciencia, justifique y demuestre mejor la existencia de los hechos alegados, debemos decir algo del porqué nuestro Código trata de la confesión después de la prueba documental, y al ocuparse de la confesión la examina tanto bajo el carácter judicial como bajo su aspecto extrajudicial, mientras que la ley de Enjuiciamiento civil trata de la confesión judicial en primer término y luego de la documental, sin que para nada se detenga á dar prescripciones sobre la confesión extrajudicial. Sorprende á algunos esto porque no se fijan en el carácter de sustanciabilidad que nuestro Código tiene, mientras que la ley de procedimiento es puramente adjetiva. Y por lo tanto, indispensable es que una y otra ley traten de manera distinta la misma materia; pero ya digimos que la prueba tiene esa doble naturaleza. Es esencial en si misma, pero adapta formas distintas y por esto necesita de disposiciones procesales.

Nada tiene de particular que nuestro Código coloque á la cabeza de todas las pruebas la documental, aunque en juicio no tenga mas fuerza probatoria que la confesión, porque, apreciada *sustancialmente*, no puede negarse sus excelencias, ni deja de verse en ella ordinariamente la más fiel espresión de la verdad á que los documentos se refieren, indiscutible siempre, mientras no se demuestre su falsedad; mientras que la ley Enjuiciamiento civil coloca en primer lugar la confesión en juicio (párrafo 1.° de la sección 5.ª, tit. 2.°, lib. 2.°, ó sea los arts. 579 al 595), porque, reconocida, confesada en juicio una deuda ú otra obligación, huelgan las demás pruebas que se hicieren; asi como tambien debemos explicar que si la ley de procedimientos trata solo de la confesión en juicio, es porque ésta solamente puede tramitarse, puesto que la extrajudicial se demuestra ó por el escrito particular en el que aquella se hizo ó por la información testifical de las personas que tal confesión oyeron, medios adecuados para fijar y perpetuar los actos de cierto género, cuya existencia se perderia en el vacio si á dichos medios no se apelase.

Tenemos, pues, que la confesión, según la primera parte del art. 1231 de nuestro Código, puede hacerse judicial ó extrajudicialmente. Que la confesión judicial es la declaración que ante Juez competente hace uno de los que constituyeron una relación jurídica, sobre un hecho propio, que influir puede en la resolución de un litigio ó del derecho que pueda asistir al contrario litigante; declaración jurada que desde que el pleito se recibe á prueba hasta la citación para sentencia en primera instancia, puede exigir una de las partes á la otra (art. 579 de la ley Enjuiciaminnto civil).

La prueba extrajudicial, ya lo hemos indicado, es una manera de reconocer obligaciones constituidas, sin fuerza ni valor en juicio, mientras no se acredite por otros medios de prueba su existencia.

Nunca la confesión puede ser considerada como constitutiva de obligación, según algunos suponen, sino como medio de justificar obligacones préviamente contraidas; de manera que la confseión es a la preexistencia de la obli-

Digitized by Google

gación lo que el cumplimiento de ésta sería á su constitución: por la confesión se justifica su anterior existencia; por el cumplimiento de la obligación se demuestra que se constituyó, puesto que lo que no se estableció anteriormente no puede cumplirse: por esto Toullier nos dice que la confesión es el testimonio prestado por el deudor á la verdad de una obligación ó de un hecho que con la misma se relaciona: así es que la fuerza probatoria de la confesión puede decirse que nace de conformidad entre la pregunta que á nombre del acreedor se hace, y el *sí*, ó sea la contestación del deudor ó el obligado; de la conformidad de las partes acerca del punto principal del litigio, cuyo reconocimiento y conformidad *alejan* á los interesados de toda contienda jurídica.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª y 7.ª, tit. 13, Part. 3.ª; 1.ª, 3.ª y 6.ª tit. 2.º, lib. 42, y 58.ª, párrafo 2.º, tit. 1.º, lib. 21 del Digesto; ley 4.ª, tit. 13, Part. 3.ª; leyes 4.ª y 5.ª, tít. 28, lib. 11 de la Novísima Recopilación; ley 3.ª, título 13, Part. 3.ª; ley 1.ª, tít. 9.º, lib. 10, y casi todas las de dicho título y libro de la Novísima Recopilación; leyes 3.ª y 6.ª. párrafo 5.º, tit. 2.º, lib. 22 del Dig.; 4.ª, tit. 13, Part. 3.ª, y leyes 9.ª, párrafo 3.º, y 19.ª, tit. 1.º lib. 11 del Digesto.

El Proyecto de Código de 1851, en sus arts. 1228 y 1230, así como el Proyecto de 1882 en su art. 1248, propusieron preceptos análogos, y en conformidad se halla nuestro Código, aunque mejorado y solo en lo que puede estarlo, con los preceptos antes expuestos de la ley de Enjuiciamiento civil y con los arts. 41 y siguientes del Código de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1354 y 1356 del Código de Bélgica, 1355 del de Italia, 1354 y 1356 del de Francia, 1567 del del Uruguay, 2409 y núm. 2.º del 2411 del de Portugal, 1713 del de Chile, 2268 del de la Luisiana, 1960 del de Holanda, 1006 del de Vaud, 1628 y 2.ª parte del 1630 del de Veracruz-Llave, y otros; conformes todos en que para la validez de la confesión se hace indispensable que la haga quien tenga capacidad legal para hacerla, ó para obligarse, y que recaiga sobre hechos personales del confesante.

Art. 1232. La confesión hace prueba contra su autor.
Se exceptúa el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes.

No hemos de exponer aquí la manera de hacer la confesión judicial, pues ya en la ley de Enjuiciamiento Civil se halla lo concerniente a su ritualidad (arts. 579 al 595): no hemos de insistir tampoco en que la confesión se presta bajo juramento, y que este ser puede decisorio ó indecisorio, haciendo prueba en el primer caso, y perjudicando solo al confesante en el segundo. Solo hemos de expresar sencillamente que es inconcuso que la confesión hace prueba contra su autor, sea el deudor el que confiese la deuda, ó el acreedor quien reconozca el pago. *Confessus pro judicato est, qui quodammodo suas sententias*

Digitized by Google

damnatur. Y, tiene tal fuerza la confesión, que contra ella no hay prueba en contra, por lo que en derecho civil se sigue el aforismo de *á confesión de parte relevación de prueba*, y por ello en cualquier estado del pleito que se pide y se otorga, termina la litis pendencia. Decimos que en derecho civil solamente, la confesión produce tales efectos; porque en los negocios de interés común ó de orden público, la confesión no basta para hacer prueba plena y decidirlos: así es que en una demanda de divorcio entablada por una mujer alegando malos tratamientos del marido como causa fundamental de la separación, no basta que el marido confiese la sevicia para decretar el divorcio. Tampoco basta la simple confesión para imponer una condena en delitos de imprenta, según previene claramente el art. 820 de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente (14 Setiembre de 1882), ni en los delitos comunes la confesión exime las demás diligencias sumariales de comprobación, según el art. 404 de la misma ley de Enjuiciamiento criminal.

Puede suceder también que por la confesión trate de eludirse el cumplimiento de las leyes, y entonces viene la excepción que el apartado segundo del artículo que comentamos sienta á la regla general establecida en el primer apartado de dicho artículo; es decir, que en tal caso, la confesión no hace prueba, porque si uno confiesa deber cierta cantidad á una persona á quien está prohibido por la ley hacer donaciones, no puede darse entero crédito á tal confesión, que las más veces se hará para ocultar una donación fraudulenta ó contraria á la ley.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 2.ª, tit. 2.º, lib. 42 del Digesto; 116, párrafo 2.º de *regulis juris*; ley 4.ª, tit. 13, Part. 3.ª; y 4.ª, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop. El art. 1231 del Proyecto de Código de 1851, y el art. 1249 del Proyecto de 1882 propusieron preceptos análogos, y en relación está con los artículos 578, 637 y 1430 al 1434 de la ley de Enjuiciamiento Civil, estando conforme el precepto que nos ocupa con la doctrina sentada en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas, las de 21 de Junio de 1861 y 21 de Setiembre de 1867.

Concordancias vemos en los arts. 1356 del Código de Bélgica, párrafo 2.º; 1356 del de Italia; 1356 del de Francia, párrafo 2.º; 1569 del del Uruguay, 1631 del de Veracruz-Llave, 1962 del de Holanda, 2412 del de Portugal, 1105 del de Bolivia, 2270 del de la Luisiana, 1008 del de Vaud, 1713 del de Chile, 1769 del de Colombia, y otros.

Art. 1233. La confesión no puede dividirse contra el que la hace, salvo cuando se refiera á hechos diferentes, ó cuando una parte de la confesión esté probada por otros medios, ó cuando en algún extremo sea contraria á la naturaleza ó á las leyes.

Digitized by Google

Comprendido estaba este precepto en la segunda parte del art. 1231 del Proyecto de Código de 1851, entrañando en si una cuestión de derecho bien debatida, de que no se trató en el derecho romano ni en nuestras antiguas leyes. Aparece difícil á primera vista tal teoría, pero bien estudiada resulta sencillísima. Si todos los extremos comprendidos en la confesión tienen conexión tal que vengan á constituir un acto continuado, no cabe dudar que la confesión ha de admitirse en todo ó en nada, no puede dividirse, por cuanto el que está á lo bueno debe estar á lo malo. Si por el contrario la confesión contiene varios capítulos separados é independientes entre si, es factible la división, rechazando una parte y admitiendo otras, siempre que de éstas cada una tenga de por si vida propia. De modo que los preceptos de este Código vienen á resolver en términos generales toda duda que sobre el particular pueda ocurrir, pues si es justo que la confesión haga prueba contra el confesante, no lo es menos que contra él no pueda dividirse en sus efectos, porque de no sostenerse esta teoría, ocurriría el caso de que uno que confiese haber contraido una deuda con otro y que se la pagó, estuviera obligado al pago nuevamente aunque no dispusiese de otra prueba el acreedor. Lo equitativo, lo justo, es que no habiendo otra prueba que dicha confesión, se acepte en todas sus partes, no se divida, y por consiguiente, no se rechace en lo que perjudique al acreedor y se acepte exclusivamente en lo que le es beneficioso.

Preceptos análogos á los del artículo que comentamos vemos propuestos en el art. 1250 del Proyecto de Código de 1882, que en perfecta relación está con el anterior de este mismo Código, en cuanto á las excepciones en él sentadas.

Concuerda con el apartado tercero del art. 1356 del Código de Francia, con el primer apartado del art. 1360 del de Italia, con el párrafo 3.º del 1356 del de Bélgica, con los arts. 1569 del del Uruguay, 1631 del de Veracruz-Llave, 1961 del de Holanda, 2417 del de Portugal, 1105 del de Bolivia, 2270 del de la Luisiana, 1008 del de Vaud y otros; entre los cuales vemos que el de Portugal consigna la razón del precepto, pues no sólo prescribe que la confesión es indivisible, sino que este es el motivo porque no podrá aprovechar la parte contraria lo que le fuera favorable y rechazar lo que le perjudicase, salvo si comprendiese la declaración de hechos cuya falsedad esté bien demostrada; viéndose confirmada la misma tésis por diferentes sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las de 26 Enero de 1866, 21 Setiembre de 1867, 11 Junio de 1868, 26 Julio de 1872, 5 Febrero de 1873, etc., etc.

Art. 1234. La confesión sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho.

Evidente es que el error de hecho no puede prevalecer, y por ello, cuando tal error existiese en una confesión, ésta perdería su eficacia en él

Digitized by Google

momento que se probase dicho error, pues de la misma manera que el error vicia el consentimiento, no puede menos de viciar la confesión, puesto que bajo un supuesto erróneo, no puede haber ni consentimiento, ni volición cierta, ni confesión; sin que se encuentre en el mismo caso el error de derecho, por cuanto la ignorancia de derecho no excusa á nadie.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 2.ª, tit. 2.º, lib. 42 del Digesto; 4.ª, tit. 13, Part. 3.ª; teniendo gran relación con los arts. 594 y 637 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto á que se da á entender en nuestro Código, como se prescribe en éstos, que la prueba de confesión no puede exigirse más que una sola vez.

El Proyecto de Código de 1851, en la última parte de su art. 1231, y el Proyecto de 1882, en su art. 1251, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en la última parte del art. 1631 del Código de Veracruz-Llave, última parte del art. 1569 del del Uruguay, 2413 del de Portugal, 1963 del de Holanda, 1105 del de Bolivia, 2270 del de la Luisiana, 1008 del de Vaud, 4.º apartado del art. 1356 del de Francia, igual número y artículo del de Bélgica, apartado 2.º del art. 1360 del de Italia, y otros.

Art. 1235. La confesión judicial debe hacerse ante Juez competente, bajo juramento y hallándose personado en autos aquél á quien ha de aprovechar.

Este si que parece un precepto rituario, puesto que se determina en él la manera de hacer la prueba de confesión judicial; y la verdad, es, que teniendo ley de procedimientos, allí está su verdadero lugar. Así que, con solo haberse referido el Código á lo que se determina en los arts. 579 al 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, bastaba para saber cómo ha de tener lugar la confesión judicial, pues allí se preceptúa que ha de hacerse ante Juez competente; allí se dice que las partes están obligadas á absolver bajo juramento las posiciones formuladas por la contraria; y allí se presupone que la parte á quien ha de aprovechar ha de estar personada en autos. Y esto es de buen sentido, porque sin esas condiciones no hay confesión judicial.

Precedentes encontramos en las leyes 15.ª, tit. 1.º, lib. 2.º; 2.ª y 6.ª, tit. 2.º, lib. 22; 9.ª y 19.ª, tit. 1.º del lib. 11 del Digesto; 1.ª y 4.ª, tit. 13, Part. 3.ª; 4.ª y 5.ª, tit. 28, lib. 11 de la Novísima Recopilación, y en los artículos anteriormente citados de la ley de Enjuiciamiento civil.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1230 y el de 1882, en su art. 1252, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1336 y 1337 del Código de Italia, 2410 y 2411 del de Portugal, etc., etc.

Art. 1236. Cuando se solicite la confesión judicial bajo ju-

Digitized by Google

ramento decisorio, la parte á quien se pida podrá referir el juramento á la contraria, y si ésta se negare á prestarlo, se la tendrá por confesa.

Precepto es este que no aparece expuesto con tanta claridad como fuera de desear, y como de ordinario se presentan los de éste nuestro Código; pero en nuestro concepto, no viene á significar otra cosa que lo que preceptúa el artículo 586 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil ya citados.

Dijimos ya que las declaraciones de este género, ó confesiones en juicio, pueden prestarse bajo juramento decisorio ó indecisorio; que las confesiones bajo juramento decisorio hacen fe en juicio, á pesar y contra cualquier prueba, lo cual se deduce del significado gramatical y lógico de la misma palabra; y que la confesión hecha bajo juramento indecisorio solo perjudicar puede al confesante. Pues bien: tratando aquí el art. 1236 que de nuestro Código comentamos del decisorio, viene á preceptuar que, cuando una de las partes solicite la confesión judicial bajo juramento, la otra parte á quien se pida dicha confesión en tales condiciones, si bien está obligada á afirmar ó negar los extremos ó posiciones pertinentes de la confesión, podrá referir el juramento á la contraria, es decir, que podrá exigir el juramento de la verdad de las posiciones que hace, y si ésta se negare á prestar tal juramento se la tendrá por confesa de la inexactitud de las posiciones y de la verdad de las observaciones que á la misma se hicieren; porque como tal prueba es plenamente decisoria, se quiere colocar á las partes litigantes en la misma situación, y se faculta para que el compelido á esa confesión pueda llevar á su contrario al terreno de una especie de adjunto juramento que ponga á ambos en el caso de exponer la verdad, el juicio y la justicia que, como dicen las leyes de Partida, todo juramento implica; es decir, para determinar la certeza de los hechos de que se trata, la legalidad del objeto lícito y honesto sobre que versa el juicio, la discreción, parsimonia y prudencia del juramento en lo meramente necesario, en lo indispensable para llevar al convencimiento de los Tribunales la evidencia natural, racional y legal de lo que se alega. Pero habrá de observarse que el juramento decisorio jamás se utiliza en la práctica, y que, como el indecisorio de tan frecuente uso hace años, se emplea lo menos posible en la presente época, y se utilizará cada dia menos, porque desgraciadamente el perjurio se generaliza, se hace hasta habitual, y no mirándose ya la santidad del juramento con el respeto que antes se le tuvo, es, en nuestro concepto, innecesario y hasta inconveniente, pues solo se impone á las conciencias limpias y honradas, no á las aparentemente timoratas, que son las que más perjurios cometen, no á los negociantes sociales que todo lo avasallan para sostener la impunidad de sus ágios y la perfidia de sus actos criminosos, cubiertos muchas veces bajo la palabra elástica *negocio* ó bajo la dúctil y maleable teoría de trabajos lícitos, que alimentan la vagancia y el cinismo más espantoso.

Digitized by Google

No hemos de entretenernos aqui á exponer lo que todos saben, la división de los juramentos; no hemos de explicar lo que es el voluntario, el necesario y el judicial; pues ni el deferido por la parte voluntariamente fuera del juicio, ni el deferido por una de las partes en juicio, ni el que por orden del juez ó de oficio se defiera por los que tienen obligación de prestarlo, tienen hoy razón de ser, tienen fuerza moral en el dia; esos juramentos á nada conducen, su sostenimiento es ineficaz, es ilusorio, y sirve solo para hacerle caer en el descrédito y amenguar hasta cierto punto la fe religiosa. Hoy, desgraciadamente, el juramento, en cualquier clasificación que se le incluya, es inútil; no implica verdad filosófica, verdad moral, verdad real.

Precedentes vemos, hasta cierto punto algo remotos, en las leyes 5.ª, 17.ª, título 3.º, lib. 22; 38.ª, tit. 2.º, lib. 4..º, 25 ª, tit. 5.º, lib. 13 del Digesto; 9.ª y 12.ª, tit. 19.º, lib. 4.º del Código romano; leyes 2.ª, 5.ª y 12.ª, tit. 11.º, Part. 3.ª; y alguna analogia tiene con el artículo que de nuestro Código comentamos el artículo 1292 del Proyecto de Código de 1851, y lo propuesto por el art. 1253 del Proyecto de 1882.

Vemos más que concordancias analogías en los arts. 1357 y 1361 del Código de Francia, 1363 y 1367 del de Italia, 1357 y 1361 del de Bélgica, 1966 y 1969 del de Holanda, 2411 del de Portugal, etc., etc.; si bien debemos hacer presente que tanto los Códigos de Francia, Italia y Bélgica, como el de Holanda en los artículos que en segundo lugar citamos de los mismos, entrañan preceptos muy semejantes al que del nuestro nos ocupa, pues dicen en conformidad que: *aquel á quien el juramento es deferido y se niega á prestarlo ó referirlo, ó aquel que ha deferido el juramento y á quien á su vez le ha referido la otra parte y se niega á prestarlo, deberá sucumbir en su demanda ó en su excepción;* lo cual viene á corroborar la tésis por nosotros sustentada al comienzo de este comentario; siendo de notar que dichos Códigos tratan del juramento separadamente, aun que á continuación de la confesión; y que mientras el Código de Italia comienza por determinar que el juramento deberá prestarse siempre personalmente y no por medio de apoderado (art. 1362), que es lo más racional y lógico; otros Códigos omiten precepto alguno sobre tal particular; y otros, como el de Veracruz-Llave (art. 1630), y el del Uruguay (art. 1568), admiten la confesión jurada por apoderado especial.

Art. 1237. No puede pedirse juramento decisorio sobre hechos punibles ni sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no puedan transigir.

Admitido el juramento, no puede ser más racional y lógica la excepción en este artículo consignada; no cabe juramento decisorio sobre hechos punibles, porque estos son del dominio público, y donde la sociedad está interesada, don-

Digitized by Google

de se lesiona un derecho particular á la vez que social, donde la vindicta pública necesita un correctivo, no es posible que la decisión de asunto que á tanto trasciende, puede abandonarse al capricho, ó al perjurio, ó á la censurable tolerancia de una persona. Además, sentando el principio de que las partes interesadas pueden pedir la confesión bajo juramento decisorio de la otra, y que ésta á quien se pide, y que ha deferido el juramento en tales condiciones, puede referirlo á la otra parte que le compele á tal confesión; expuesta la razón de esta facultad, que ya hemos dicho no es otra que la de colocar á las partes en iguales condiciones; no es posible intentemos colocar a la misma altura, poner en iguales circunstancias al criminal, que al ofendido y á la sociedad que debe ampararlo; y bajo estos fundamentos no puede caber el juramento decisorio sobre hechos punibles, pues además de las razones expuestas, hay otra bien sencilla y bien lógica, que es: la de que se convertiría al reo en Juez y parte, pues natural es que el procesado exponga siempre cuanto le sirva de esculpación, y rara vez exprese lo que perjudicarle pueda. Y respecto á que no quepa tampoco la confesión bajo juramento decisorio en los pleitos en que las partes no puedan transigir, se comprende bien, porque hay cuestiones judiciales que aun que ostentan el carácter civil y parecen de orden privado, su alcance va más allá de las personas litigiosas, y tienen su doble carácter que las hace de interés común, de menores, de incapacitados, etc., etc.

El precepto consignado en el art. 1237 que comentamos, tiene sus precedentes en las leyes 5.ª y 8.ª, tit. 3.º, lib. 12; 68.ª, tit. 1.º, lib. 6; 21.ª, tit. 1.º, lib. 11 del Digesto; 1.ª y 5.ª, tit. 11.ª, Part. 3.ª; 11.ª, tit. 33.º, Part. 7.ª; sin que en los Proyectos de Código se propusieran preceptos análogos, pues el art. 1233 del Proyecto de 1851 no es tan análogo como algunos suponen.

Concuerda con los arts. 1364 del Código de Italia, 1362 del de Francia, 1714 del de Chile, 1362 del de Bélgica, 1633 del de Veracruz-Llave, 1572 del del Uruguay, 1970 del de Holanda; viéndose gran relación entre el art. 1237, que de nuestro Código comentamos, y el art. 580 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1238. La confesión prestada bajo juramento decisorio, ya sea deferido ó referido, sólo constituye prueba á favor ó en contra de las partes que á él se sometieron y de sus herederos ó causa habientes.

No se admitirá prueba sobre la falsedad de dicho juramento.

Es indudable que la confesión prestada bajo juramento decisorio, bien sea deferido, bien referido, es decir, bien lo preste solo aquel á quien se pide, bien hubiere conjunción de juramentos, no constituye ni puede constituir prueba más que contra las partes á él sometidas, á sus herederos y causa habientes; sin que se admita prueba sobre la falsedad del juramento; y aunque en parte

Digitized by Google

viene este artículo á modificar el art. 580 de la ley de Enjuiciamiento, mejor dicho á suministrar una verdadera aclaración á toda duda que aquél pudiera suscitar, y corrobora el precepto del art. 637 de dicha ley en que se prohiben las pruebas de testigos sobre los hechos que fueron objeto de la confesión judicial, creemos que unos y otros tienen su razón de ser, y que, armónicamente aplicados, lejos de entorpecer han de facilitar la buena administración de justicia.

Concuerda con los arts. 1370 y el primer apartado del 1373 del Código de Italia, aunque sus preceptos están invertidos con relación á los del que comentamos; 1363 y primer apartado del 1365 del de Francia, 1714 del de Chile, 2527 y 2529 del de Portugal, 1973 y 1974 del de Holanda, y otros; si bien debemos insistir en que los preceptos de los citados artículos de los Códigos italiano, francés, belga, y portugues, deben leerse en orden inverso de numeración, para que correspondan á los dos preceptos que contienen los dos apartados del art. 1238, que de nuestro Código comentamos; pues al de Holanda nos dice en su art. 1974. «El juramento prestado solo constituye prueba en beneficio del que la ha deferido ó referido ó contra el, y en beneficio de sus herederos ó causa-habientes ó contra ellos»; y el art. 1973 del mismo Código prescribe que, «cuando se haya prestado juramento deferido ó referido, no será admisible la prueba de su falsedad.»

Lo mismo se observa en el Código de Portugal: su art. 2529 previene que el juramento prestado solo constituye prueba á favor ó en contra de las partes que la otorguen, pidan ó presten, ó sus herederos y representantes: y el artículo 2527 del mismo Código preceptúa en su primer apartado, que, después de prestado el juramento deferido ó referido, no podrá la otra parte ser admitida á probar su falsedad: viéndose este artículo adicionado por un segundo, apartado según el cual, si fuese probada la falsedad del juramento por acción criminal tendrá el agraciado derecho á daños y perjuicios: lo cual no está muy conforme con la doctrina establecida por el Tribunal de Casación frances en variassentencias, muy especialmente en la de 20 de Agosto de 1834, en la que se determina que cualquiera que sea el resultado del proceso criminal dirigido contra el autor de un falso juramento en materia civil, el que perdió el pleito por causa de ese falso juramento, no puede reclamar contra la sentencia ni obtener la reparación de daños y perjuicios por el perjuro, por cuanto la cosa juzgada en lo civil es siempre irrefragable, y la persecución del criminal tiene exclusivamente por objeto el interés de la sociedad. Nosotros, sin embargo, encontramos más conforme á la equidad lo que el Código portugués prescribe, pues si bien la cosa juzgada prevalecer debe, independientemente el delito tiene sus consecuencias que alcanzan al castigo del criminal por lo que á la vindicta pública se refiere, y por lo respectivo á la indemnización de daños y perjuicios del que se ve lesionado en sus derechos.

Lo mismo vemos en los citados artículos de los Códigos francés, italiano y

Digitized by Google

belga que son los más parecidos entre si: el apartado 1.º del art. 1365 del francés, como igual apartado y artículo del de Bélgica; y el apartado primero del art. 1373 del de Italia, previenen que el juramento rehusado ó prestado no constituye prueba más que en beneficio ó en contra del que lo haya deferido y en beneficio de sus herederos y causa habientes, ó contra ellos; siendo así que ya en los arts. 1370 del italiano y 1363 de los dos Códigos de Francia y Bélgica se preceptúa que, si se hubiere prestado el juramento deferido ó referido, no será procedente que la otra parte intente probar su falsedad.

Art. 1239. La confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto á la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba.

Ya dijimos antes lo que en nuestro humilde sentir era la confesión extrajudicial: por sí misma, nada: sin su consignación escrita, aunque privadamente, sin una información testifical que la acredite, irrealizable. Por eso nuestro Código la conceptúa como un simple hecho sujeto á la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba, según las reglas de hermenéutica jurídicas.

Nadie duda que la confesión extrajudicial implica un reconocimiento de obligaciones anteriormente contenidas; nadie combatir puede su utilidad en determinados casos: pero tampoco puede persona alguna darle valor en juicio mientras no se demuestre su existencia por cualquiera de los medios de prueba de todos conocidos. Y así lo han reconocido las leyes de Partida, principalmente la 7.ª, tit. 13, Part. 3.ª; 19.ª y 20.ª, tit. 9, Part. 6.ª; 3.ª, tit. 14, Part. 3.ª, y otras, lo cual viene á confirmar lo que tantas veces hemos sostenido, es decir, que la confesión extrajudicial, realmente no es un medio sino un objeto de prueba, cualquiera sea el valor que después de justificada pueda y deba dársele.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1229, propuso un precepto que tiene cierta analogía con el que de nuestro Código nos ocupa, sin que nada se vea ni en dicho Proyecto, ni en el de 1882, que aparezca con la precisión y lógica del artículo que comentamos, si bien, lo mismo en las leyes de Partida anteriormente citadas, que en la ley 58, tit. 2.º, lib. 21 del Digesto, pueden verse verdaderos precedentes. Y sin entrar en consideraciones acerca de las diferentes teorías sustentadas sobre la materia por los célebres publicistas Pothier, Dumoulin y otros, hemos de exponer solamente que dicho precepto concuerda con los arts. 1355 del Código de Francia, 1358 del de Italia, 1355 del de Bélgica, 2416 del de Portugal, 1571 del del Uruguay, 1714 del deChile, 1412 del de Bolivia, 1964 del de Holanda, 2269 del de la Luisiana, 1007 del de Vaud, 1469 del Sardo, 1309 del de Nápoles y otros.

Digitized by Google

SECCIÓN TERCERA.

DE LA INSPECCIÓN PERSONAL DEL JUEZ.

Art. 1240. La prueba de inspección personal del Juez sólo será eficaz en cuanto claramente permita al Tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que trata de averiguar.

Llegamos ya en esta sección tercera á la inspección personal del Juez que el art. 1215 de este Código consigna en tercer lugar entre los medios de prueba; medio que no todos los Códigos lo admiten de igual manera, y que la mayor parte de los modernos Códigos extranjeros que tratan de la prueba como ley sustantiva dejan de consignarla, figurando si en nuestra ley de Enjuiciamiento civil bajo el epígrafe de reconocimiento judicial en el párrafo 6.º, ó sea en los arts. del 633 al 636 de aquella ley.

Comienza la expresada sección con el art. 1240, en el que se determina que la inspección personal del Juez sólo será eficaz en cuanto claramente permita al Tribuual apreciar el hecho de que se trata por la situación y circunstancias exteriores de la cosa inspeccionada; lo cual demuestra en primer lugar que no para toda clase de litigios es pertinente esta prueba, y que no todas las obligaciones se demuestran con la simple inspección de los objetos sobre que recae; mas nosotros hemos de expresar nuestra humilde opinión respecto de la procedencia de la inspeccion, por más que compatible sea algunas veces sin conocimiento de causa y otras con justa razón. El reconocimiento judicial, acto en virtud del cual examina el sitio ó la cosa litigiosa por sí mismo el Juez que ha de fallar un pleito, es de interés sumo cuando se hace con conciencia, se llevan peritos para la ilustración del Tribunal, se oye á las partes sobre el terreno para que aclaren cualquier duda, cualquier dificultad que en los autos se vea, y se practiquen cuantas diligencias deben completar un juicioso y equitativo reconocimiento; pero éste no ha de practicarse continuamente, no ha de ser el medio de prueba que se emplee en la mayoria de los litigios, sino que por el contrario, sentando perfectamente en las cuestiones posesorias, en las servidumbres reales, en los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, en los deslindes y amojonamientos, es imposible su aplicación á otra clase de juicios, pues realmente el reconocimiento de una construcción que amenaza ruina, de un establecimiento que intercepta un camino, de un rio en cuyos límites los ribereños construyen diques ó verifican plantaciones de un modo contrario á la ley y á las costumbres establecidas en ciertas cuestiones; el reconocimiento de un paso, de un acueducto, de aperturas ó ventanas hechas que miren en terreno

Digitized by Google

ajeno; es de tal necesidad, que sin él no es posible formar idea exacta del estado de la cosa, de los hechos alegados en pleitos del género á que nos referimos, y con el reconocimiento se demuestra tan á las claras la existencia de los referidos hechos aducidos, que no puede menos de deducirse de su prueba la plena probanza de las obligaciones que, directa ó indirectamente, legal ó voluntariamente se contraen por las partes que intervienen en dichos juicios; pues de la demostración de la existencia de ciertas cosas, contra la ley ó contra lo pactado existentes, nace la prueba de las obligaciones que una ú otra parte litigante puedan contraer ó tener contraidas para retirar la cosa, modificarla ó demolerla, ó reformar la manera de ser que tuviere en el momento de la inspección, si esa manera de ser ó si esa extensión de la cosa litigiosa fuere contraria á lo establecido anteriormente por las partes litigantes ó á lo determinado por las disposicinnes legales; pues hechos hay que determinan la compenetración de un supuesto derecho de una persona en el verdadero derecho de otro, los cuales dejan marcas indelebles y materiales que por la sola inspección pueden apreciarse, deduciéndose por la prueba que de tales hechos se hace con ésta, cuales son los derechos y las obligaciones de cada una de las partes litigantes. Por lo demás, que sea el mismo Juez que ha de fallar el pleito el que verifique la inspección, es lo que parece desprenderse del espíritu y letra del artículo que comentamos; y lógico es creerlo así, porque con el reconocimiento el Juez adquiere por sí mismo directamente la demostración de los hechos que mucho pueden influir en la decisión del pleito, y aun cuando gran ilustración pudiera llevarse á los autos si la diligencia de reconocimiento se extendiere debidamente, nunca podría producir el mismo efecto la descripción de la misma hecha habilidosamente, que causa y produce lo que por sus propios sentidos entra á las inteligencias del juzgador.

Nada hemos de decir de que realmente estas inspecciones han de sujetarse á lo determinado en la ley de Enjuiciamiento civil, en los ya antes citados artículos, ni hemos de detenernos a explicar lo que sobre esta clase de prueba han expuesto varios publicistas, pues no es de este lugar ni propio de un comentario el entrar en disertaciones de este género. Aquí solo hemos de referirnos á lo prescrito por la ley de Enjuiciamiento civil, en los arts. 633 al 636, 1679 y sus concordantes.

En cuanto á precedentes los encontramos en las leyes 7.ª, tit. 6.º, lib. 11 del Digesto, y muy principalmente en las leyes 8.ª y 13.ª, tit. 14, Part. 3.ª.

Concordancias no vemos más que en el art. 2418 del Código de Portugal, que prescribe: que la prueba por reconocimiento ó exámen es aplicable á los hechos que han dejado vestigios ó que pueden sujetarse á inspección ó exámen ocular: encontrándose alguna analogía en los arts. 1814 del de Chile y 177 del de Colombia, los que se refieren en esto á sus respectivas leyes procesales.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1254, propuso preceptos análogos

Digitized by Google

sin que en el Proyecto de 1851 se encuentren antecedentes dignos de notarse, que correspondan al artículo que de nuestro Código comentamos.

Art. 1241. La inspección practicada por un Juez podrá ser apreciada en la sentencia que otro dicte, siempre que el primero hubiera consignado con perfecta claridad en la diligencia los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada.

Consecuencia del anterior artículo es el que acabamos de consignar, si bien parece ponerse en pugna con las palabras acerca de las que anteriormente hemos llamado la atención, pues parece lo más lógico suponer que si la inspección ha de ser personal del Juez, no puede aprovechar para otro Juez distinto de aquel que la practicó, pero el art. 1241, que al presente comentamos viene á desvirtuar, en parte, el espíritu y letra de lo que se previene en el anterior, bajo el concepto de prueba de inspección personal del Juez, sentando la excepción de que, á pesar de lo expuesto anteriormente, podrá servir para un Juez la inspección practicada por otro, siempre que el que la practicó hubiese consignado con toda claridad en la correspondiente diligencia, los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada, de tal manera, que el que dicte la sentencia pueda apreciarlos como si los hubiera visto por sí mismo.

El art. 1256 del Proyecto de Código de 1882, proponía un precepto análogo, y concordancias vemos en el art. 2419 del Código de Portugal.

SECCIÓN CUARTA.

DE LA PRUEBA DE PERITOS.

Art. 1242. Sólo se podrá utilizar este medio de prueba cuando para apreciar los hechos sean necesarios ó convenientes conocimientos científicos, artísticos ó prácticos.

En esta sección cuarta se comprende otro de los medios de prueba que no todas las legislaciones modernas aceptan de la manera que el nuestro, pues hay algunas que comprenden la prueba pericial en la testifical como testigos más ó menos expertos que sirven para ilustrar á los Tribunales en cuanto las manifestaciones de aquéllos estén conformes con la conciencia de éstos; pues realmente los peritos proceden como testigos en cuanto deponen sobre hechos ajenos á su interés personal, de gran monta é influencia notoria en la resolución del juicio, y no estamos conformes con la opinión de algunos, en que procedan como jueces en la prueba de reconocimiento, como algunos publicistas suponen, por cuanto en nuestro concepto el oficio único de los peritos, pre-

Digitized by Google

ferente al de los testigos es el de ilustrar á los Tribunales, haciendo aseveraciones de hecho y sentando conceptos, que les es vedado sentar á los testigos bajo el punto de vista profesional, con cuyo carácter acuden al juicio para prestar su ilustración, pero sin que sus deposiciones obliguen en nada al Juzgador á convertir el dictámen de aquellos en propia sentencia; y asi lo tiene decidido el Tribunal Supremo en varios de sus fallos, entre otros, el de 13 de Junio de 1866.

Sin precedentes dignos de llamar la atención, el art. 1457 del Proyecto de Código de 1882 propuso preceptos análogos; y siendo evidente que tal prueba sólo puede utilizarse para cuando apreciarse deban hechos respecto de los cuales necesarios ó convenientes sean conocimientos científicos, artísticos ó prácticos, no otra cosa hemos de hacer que remitir á nuestros lectores á lo que la ley de Enjuiciamiento Civil prescribe respecto del dictámen de peritos en sus arts. 610 al 632, y muy principalmente en lo que se refiere al artículo que comentamos, deberemos expresar que no es más que la comprobación del artículo 610 de dicha ley de Enjuiciamiento.

Art. 1243. El valor de esta prueba y la forma en que haya de practicarse, son objeto de las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil.

No necesita comentarios el artículo que acabamos de consignar por cuanto en él se refiere á las disposiciones ya citadas de la ley de Enjuiciamiento Civil, tanto respecto de la tramitación que ha de seguirse en la prueba pericial, que es puramente ritual como en lo relativo al valor de esta prueba, que ya el artículo 632 de la repetida ley de Enjuiciamiento consiguó, atribuyéndose un doble carácter de ley sustantiva y adjetiva desde el momento en que sentó un precepto esencial como es el que allí se preceptúa, puesto que determina que los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados á sujetarse al dictámen de los peritos, que es lo que ya anteriormente indicamos al combatir las teorías de cierto publicista.

SECCIÓN QUINTA.

DE LA PRUEBA DE TESTIGOS.

Art. 1244. La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida.

Dedícase esta sección quinta á la prueba testifical, dándole mayor importancia que la que le dan la mayor parte de los modernos Códigos extranjeros,

Digitized by Google

y, entrando en un terreno más propio de la ley adjetiva que de una ley sustantiva, se ocupa de las condiciones de los testigos, de sus cualidades y de sus incapacidades.

Aun prescindiendo de que la prueba testifical es muy eventual, y de que la corrupción de costumbres, como indicamos anteriormente, se presta al soborno de testigos y á la falsedad, es indispensable esa prueba para la justificación de ciertas obligaciones, cuya existencia si no se demostrase con testigos, sería difícil de patentizar.

Verdad es que si pudiera hacerse constar todas las obligaciones documentalmente, cabría más seguridad, más fijeza; pero no todas las obligaciones pueden consignarse por escrito, ni la poca importancia de algunas de las mismas exigir puede este medio de prueba; pues sabido es de todos que hay hechos que no son susceptibles de una prueba documental preconstituida, por mas de un concepto, aunque fuera de desear que toda obligación, sobre todo las paccionadas, se constituyera de un modo documental, á lo cual tiende indudablemente nuestro Código civil, tanto en los arts. 1280 y 1324 de este Código.

La ley de Enjuiciamiento civil, en sus arts. 637 al 666, se ocupa de esta prueba testifical, y el art. 1244 que de nuestro Código comentamos, sin rechazar en modo alguno lo en dicha ley prescrito, viene á sostener que la prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida; y, puesto en relación está este precepto con el del art. 637 de la ley procesal antes citada, vendremos a deducir que la prohibición expresa á que se refiere nuestro Código, es la de hechos probados por confesión judicial, respecto de la cual no se permite corroboración por prueba de testigos á ninguna de las partes.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 16.º, Part. 3.ª; y alguna analogía se ve en el art. 1220 del Proyecto de 1851, muy especialmente en su primer apartado, así como en el art. 1259 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el art. 1555 del Código del Uruguay, 1932 del de Holanda, 2506 del de Portugal, que es literalmente idéntico al que de nuestro Código comentamos; párrafo 1.º del art. 1341 del de Francia, 1341 del de Italia, en cuyo artículo se contienen tres preceptos, puesto que se determina que no será admitida la prueba testifical de un contrato sobre un objeto cuyo valor pase de 500 liras, aun tratándose de depósito voluntario. En el segundo apartado de dicho artículo, se preceptúa que tampoco se admitirá semejante prueba en contra ó en pro del contrato escrito, ni sobre lo que se alegue, como hemos dicho antes, simultánea ó posteriormente al mismo, aun en el caso de tratarse de suma ó valor menor de 500 liras. Y en el tercer apartado del mismo artículo, se previene que quedará sin embargo en vigor cuanto se establezca en las leyes relativas al comercio: viéndose preceptos análogos en el art. 1341 del Código de Bélgica; de manera que por lo que acabamos de exponer, se ve que el más completo

Digitized by Google

de los Códigos en esta materia es el de Italia, en el cual vienen á exponerse los principios más generales sobre los que la prueba testifical ha de descansar, y se limita en lo posible dicha prueba extendiendo la documental para la mayor parte de las obligaciones.

Art. 1245. Podrán ser testigos todas las personas de uno y otro sexo que no fueren inhábiles por incapacidad natural ó disposición de la ley.

Sabiendo, como sabemos todos, que los testigos son las personas que declaran en juicio sobre la verdad ó falsedad de los hechos controvertidos en el mismo, no ha de extrañarnos que nuestro Código en este artículo determine que pueden ser testigos aquellos que no estuvieran inhabilitados por incapacidad natural ó legal, puesto que siempre se ha conceptuado indispensable para que las declaraciones hagan fe, que los que las rinden tengan capacidad, conocimiento, probidad, é imparcialidad para verificarlo. Y aquí nuestro Código mostrándose lógico como generalmente se muestra y descendiendo á detalles, presenta una regla general sobre la capacidad para ser testigos, consignando en tal precepto que pueden serlo las personas de uno y otro sexo, lo cual no puede dar lugar á duda alguna, que no fueren inhábiles para ello; de modo que con una negativa viene á sentar la capacidad de los testigos, desarrollando en los artículos siguientes los conceptos de incapacidad natural y de incapacidad legal, con la determinación taxativa de los que en cada una de ellas estan comprendidos.

Precedentes encontramos en las leyes de Partida 1.ª y 8.ª, tit. 16.º, Part. 3.ª, sin que veamos en los Proyectos de Código, que se propusiera precepto alguno que analogía tenga con el que comentamos.

Vemos concordancia, y más que concordancia identidad de precepto, en el art. 2209 del Código de Portugal, sin que las encontremos en ningun otro Código extranjero, lo cual no nos estraña, porque la mayor parte de ellos se refieren en esta materia á sus respectivas leyes procesales.

Art. 1246. Son inhábiles por incapacidad natural:

1.° Los locos ó dementes.

2.° Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oido.

3.° Los menores de 14 años.

Fija este artículo los casos de incapacidad natural fundados en lo que la simple razón aconseja respecto de las condiciones del testigo; y así como la ley procesal sólo expone lo relativo á las causas por las que podrán tacharse

Digitized by Google

las declaraciones de ciertos testigos, el legislador, en nuestro Código, comprendiendo perfectamente la diferencia que existe entre las incapacidades y la tacha, ha sentado la base de la incapacidad que anula y quita todo valor á la declaración prestada por el que no reune todas las condiciones de capacidad mental y de expedición en los sentidos que más necesarios son para percibirse y comprender bien aquello de que como testigo supone tener conocimiento, y á justificar acude ante los Tribunales con su declaración: pues realmente el loco ó el demente cuyas facultades intelectuales están perturbadas, no es posible que se dé cuenta y raciocine acerca de aquello que ha oido ó ha visto en manera tal que pueda determinar la verdad ó falsedad de un hecho alegado por las partes litigantes; y el sordo como el ciego también están imposibilitados por una consecuencia de su defecto físico para demostrar la verdad de lo ocurrido ante los mismos, puesto que no teniendo expeditos estos sentidos, mal pueden apercibirse de ciertos sucesos y trasmitirlos á los demás.

Pero viene luego el tercer caso de incapacidad natural que en el Código se consigna, en el que se comprenden los menores de catorce años, y aquí de seguro que los filósofo-juristas han de desplegar su talento y han de presentar cuestiones mil, sosteniendo teorías diferentes acerca del por qué una persona de uno ú otro sexo ha de tener capacidad desde los catorce años y no puede ser capaz á los catorce menos un dia ú á los trece, ó en cualquier otra edad más ó menos aproximada á esa que el Código fija.

Arduo y peligroso es discutir acerca de esta materia y solo en el terreno de la filosofía del derecho podrian evocarse las teorías varias que sobre el discernimiento y el desarrollo de la razón humana han venido á sentarse. Nadie duda que el entendimiento, que el raciocinio, que la inteligencia no nacen de súbito en el hombre con todo el desarrollo, con toda la más completa perfección que puede dar lugar á la fácil comprensión de cuanto se observe y vea por los sentidos materiales: Nadie duda que el *yo* humano, en el niño como en el hombre, es una fuerza viva inexplicable que impulsa nuestros movimientos y nuestros deseos; nadie duda en fin, por más que no se haya podido determinar el momento en que el espíritu se encarna en el feto, ni que la irradiación del mismo haya venido á converger en un punto determinado de esa materia llamada cuerpo que ese feto al desprenderse viable del claustro materno nace con ese *yo*, con ese espíritu, con esa inteligencia; pero nace en embrion, como el cuerpo mismo, y se desarrolla como éste, paulatinamente, perfeccionándose y contribuyendo á su perfeccionamiento la educación, los hábitos, el estudio, la atmósfera en que vive, aquello que ve y oye constantemente: pues bien, ese desarrollo que ha tenido que operarse de un modo gradual, tiene sus horizontes, tiene sus límites, y el legislador, en virtud de la observación, ha tenido que fijar una línea dentro de la cual se establezca que el desarrollo intelectual del individuo no ha llegado al estado de madurez bastante para conocer los he-

Digitized by Google

chos que sus sentidos tocan y las consecuencias naturales de estos mismos hechos, asi como el mal ó el bien que de ellos se desprende. La misma observación ha inducido al legislador á trazar esa linea desde la cual, aun cuando el desarrollo mental no sea perfecto, entiende que lo es bastante para que sus manifestaciones sean concienzudas y determinen con bastante razón de ser la verdad ó falsedad de los hechos sobre que declara; por esto el legislador ha fijado como tal límite la edad de los catorce años, y separandose de lás antiguas teorias fundadas también en la observación de que en la mujer habia más precocidad en los primeros años de su vi la que en el hombre, y prescindiendo de aquella diferencia entre los doce y catorce años que, según el sexo, nuestras antiguas leyes señalaban para determinar la pubertad, ha hecho común ese término, fijándolo como acabamos de decir en los catorce años, para que desde entonces puedan conceptuarse con capacidad tanto el hombre como la mujer para prestar declaraciones.

Y lo que expuesto queda, parece conforme con lo que previene la ley de Enjuiciamiento civil. en su art. 647, acerca de que no debe exigirse juramento á los menores de catorce años, si bien, según el prisma á través del que se mire, pudiera deducirse de dicho precepto de la ley de enjuiciar que aquélla reputaba con capacidad aún á los menores de la expresada edad; y tampoco deja de estar en relación el número segundo del precepto que nos ocupa, con lo que se determina en el art. 638 de la expresada ley.

Nada más sobre este particular debemos decir, por cuanto preceptos claros y terminantes son los contenidos en este articulo que preciso es obedecer en cumplimiento de la ley y en bien de la justicia.

El hombre, sér dotado de razón, responsable es de sus actos, y la ley, á la vez que garantiza su libertad, exige el cumplimiento de sus obligaciones cuando existe la verdadera libertad moral, pues solo con ésta puede conceptuarse en su estado normal, dentro del cual, tiene la facultad de juzgar lo que es bueno y lo que es malo, constituyendo esta facultad y la de hacer ó no una cosa lo que se llama el libre albedrio, sin el cual, nuestros actos no serian conscientes, ni cabria en ellos responsabilidad. Solo bajo esta textura puede abarcar el hombre los vinculos sociales, que á la verdad, existen en la naturaleza con un carácter material, como el del territorio, el de la sangre, el de las necesidades y exigencias comunes, y mucho menos podria armonizar esos vinculos materiales con otros de carácter suprasensible y espiritual, como los intelectuales, morales y religiosos; porque la vida del derecho en el individuo no es la vida material ni la subsistencia fisiológica, sino que por el contrario, es un aspecto de la vida social; y bajo este concepto, mientras de una parte debe arrancar necesariamente del individuo y reflejar sus facultades constitutivas; de otra parte, solo en la sociedad cabe su explicación y cumplimiento, pues á ella lleva su carácter subjetivo, pero en ella cristaliza su inteligencia, modera

Digitized by Google

su propia voluntad y refuerza su actividad. No es dable al individuo distinguir de una vez las tres facultades esencialmente suyas de conocer, querer y poder, que al mismo tiempo siente, pues primero el niño, como el hombre primitivo, apenas las comprende confusamente con la idea *de lo justo*; después como *orden*, autoridad, ley, que se impone á su voluntad; y por último, como *facultad de obrar* que le corresponde.

Precedentes vemos en las leyes 8.ª y 9.ª, tit. 16.º, Part. 3.ª, y en el art. 1260 del Proyecto de Código de 1882, concordando perfectamente con el art. 2510 del Código de Portugal.

Art. 1247. Son inhábiles por disposición de la ley:

1.° Los que tienen interés directo en el pleito.

2.° Los ascendientes en los pleitos de los descendientes, y éstos en los de aquéllos.

3.° El suegro ó suegra en los pleitos del yerno ó nuera y viceversa.

4.° El marido en los pleitos de la mujer, y la mujer en los del marido.

5.° Los que están obligados á guardar secreto, por su estado ó profesión, en los asuntos relativos á su profesión ó estado.

6.° Los especialmente inhabilitados para ser testigos en ciertos actos.

Lo dispuesto en los números 2.°, 3.° y 4.° no es aplicable á los pleitos en que se trate de probar el nacimiento ó defunción de los hijos ó cualquiera hecho íntimo de familia que no sea posible justificar por otros medios.

El artículo que acaba de consignarse contiene seis reglas generales, en las que se prefijan las inhabilitaciones legales para ser testigo y un último apartado, en el que se determinan las muy razonables excepciones que en el mismo se consignan con relación á las reglas fijadas en los números segundo, tercero y cuarto de este mismo artículo.

Nada hemos de decir respecto de la conveniencia y necesidad de tales inhabilitaciones porque son de buen sentido, y la razón natural dicta que el que tiene interés en el pleito no puede declarar en el mismo como testigo, porque sería convertir en Juez y parte á una personalidad que con su declaración había necesariamente de contribuir al éxito favorable en la resolución del pleito; y esto que es una razón poderosa para que la ley haya declarado ó no inhábil para hacer fe la manifestación del que tiene interés directo en el

Digitized by Google

pleito, es razón sobrada para que se conceptúe existente igual inhabilitación respecto de los ascendientes en los pleitos de los descendientes y viceversa, y en los demás que por razón de parentesco próximo comprenden con muy buen acuerdo, los números tercero y cuarto del propio artículo; como no es menos digno de elogio que nuestro Código haya inhabilitado, en el número quinto del artículo que nos ocupa, para declarar en los autos relativos á su profesión ó estado, á todos los que están obligados á guardar secreto precisamente por razón de su estado ó profesión; pero entiéndase bien que esta inhabilitación es relativa, y que no priva ni privar puede á aquellos á quien se refiere el testimonio de lo que tuvieren conocimiento, fuera de lo en que la reserva se impone por su cargo ó profesión.

Y nada tampoco debe decirse del precepto comprendido en el sexto número del repetido artículo, pues la especial inhabilitación para ser testigo en determinados actos inevitable, es y debe respetarse porque está fundada en la lógica y en la razón.

Réstanos decir sólo dos palabras relativamente á la excepción antes indicada que se sienta en el párrafo último del artículo que comentamos. Dijimos en otro lugar que las pruebas sobre nacimiento ó defunción eran excepcionales; que hay hechos íntimos de familia que sólo la misma puede demostrar, y por consiguiente, lógico y razonable es que los parientes comprendidos en los números segundo, tercero y cuarto del artículo que nos ocupa, apesar de su inhabilitación general para determinados pleitos, sean los testigos que más fe puedan hacer en lo relativo á esos nacimientos ó defunciones y esas intimidades privadas de la familia.

Entre las tachas de los testigos, va á la cabeza el art. 666 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se consignan como causas para tachar los testigos algunas de las expresadas en el artículo que acabamos de comentar; pero realmente no podemos traerlas aquí como verdaderas concordancias, porque equivaldría á confundir lo que el Código presenta como origen de nulidad de ciertas declaraciones, con lo que realmente no puede producir resultado sino cuando se alegan por la parte que se considera perjudicada para desvirtuar los efectos de las declaraciones que se prestaron, pues no otro objeto tiene la tacha de testigos.

El Código de Portugal, en su art. 2511, contiene iguales preceptos que los del artículo que de nuestro Código acabamos de examinar, el cual, en nuestro concepto, viene modificando en esta parte los preceptos de la ley de enjuiciar, ó mejor dicho complementándolos, así como los de la ley del Notariado en lo relativo al caso, pues ni una ni otra comprenden las incapacidades establecidas en las reglas que acabamos de estudiar.

Art. 1248. La fuerza probatoria de las delaraciones de los

Digitized by Google

testigos será apreciada por los Tribunales, conforme á lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito.

Es evidente que la fuerza probatoria de las declaraciones debe quedar al prudente arbitrio del poder judicial que, de conformidad con las reglas de la sana crítica, y teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado los testigos, y las circunstancias que en los mismos concurran han de decidir por estas pruebas según su conciencia; pero es tal el temor que le inspira al legislador la prueba testifical, que no puede menos de recomendar á los juzgadores cuiden de evitar que por la simple conformidad ó coincidencia de algunos testigos queden definitivamente resueltos los pleitos á que se hubieran aportado escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito, mientras de la prueba testifical no aparezca la evidencia de lo que se resolviere: y esto, á la verdad, no necesita comentario, primero por ser de pura sindéresis, y en segundo término, porque los que alguna práctica tienen de los asuntos judiciales no pueden desconocer cuán excelentes resultados dió otro precepto, sino idéntico, muy semejante, consignado en la ley de Enjuiciamiento Civil; esto es la prescripción del art. 659 de la referida ley procesal. Desde entonces, principalmente la prueba testifical no es tasada, dicha prueba no ha de medirse por la declaración de dos ó tres testigos, sino por la calidad de ellos, por la importancia y verosimilitud de sus aseveraciones, y por el convencimiento que hayan producido en el ánimo del Juzgador: inútil es por lo tanto que recordemos lo que nuestras antiguas leyes sobre la prueba tasada expusieron; inútil también que expongamos las diferentes teorías que con tanta lucidez supieron ostentar publicistas tan notables como Bentham, Pothier, Bonnier y otros varios, en sus tratados sobre la prueba; pues esto cambia de un modo razonable en el desenvolvimiento del derecho civil, y la conciencia y el buen sentido triunfan sobre las reglas más ó menos artificiosas de prueba; lo cual viene á demostrarse con la lectura de nuestro Código en esta materia y con la del art. 2514 del Código de Portugal, que es su más fiel concordante.

SECCIÓN SEXTA.

DE LAS PRESUNCIONES.

Art. 1249. Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.

Digitized by Google

La sexta y última sección de este título trata de las presunciones como medio de prueba; verdaderas inducciones que la ley ó el Juez sacan de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido.

Por esto el Código Romano las definia así: *Presumptio est conjectura ducta ab eo, quod fieri, vel contingere solet ut plurimum.* Y por eso mismo la ley de Partida decia que presunción tanto quiere decir como gran sospecha.

De manera que para que haya presunción de un hecho, es indispensable que se dé por cierto un hecho ó un derecho del que se deduzca el que se trata de probar por tal medio, toda vez que dicha palabra se deriva del verbo *súmere* tomar, y de la preposición *præ*, antes; porque, efectivamente, en virtud de la presunción se toma una cosa por verdadera *sumitur pro vero præ.* Por eso nuestro Código, con muy buen acierto, previene que las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que ha de deducirse esté completamente acreditado.

Precedentes encontramos en algunas leyes del tit. 19, lib. 4.° del Código romano; 13.ª, tit. 5.°, lib. 22 del Digesto, y 82, tit. 14, Part. 3.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1225, y el de 1882, en su art. 1262, propusieron precedentes análogos, copiándose en el primero la definición de la proposición que daba el Código romano.

Concordancias vemos en los arts. 1952 del Código de Holanda, 1349 del de Francia, 1349 del de Italia, 1349 del de Bélgica, 1624 del de Veracruz-Llave, 1561 del del Uruguay, 1612 del de Chile, 2516 del de Portugal, y otros varios Códigos; en todos los cuales se define lo que se entiende por presunción en vez de expresar lo que nuestro Código preceptúa, si bien esto mismo se deduce de aquellas definiciones, puesto que en la mayoría de los Códigos se dice que son presunciones las consecuencias que la ley ó el juzgador deducen de un hecho conocido aplicándolas á otro desconocido, y claro está que bajo este supuesto y teniendo en cuenta lo que acabamos de exponer acerca de la presunción, no puede menos de comprenderse que al preceptuar lo que preceptúa el art. 1249 que de nuestro Código comentamos, se da por supuesta y conocida la definición verdadera de este medio de prueba, desde el momento en que se preceptúa que las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.

Art. 1250. Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas.

Admitida la presunción como medio de prueba y divididas las presunciones en legales ó de derecho, y de criterio judicial, no puede menos de sentarse el principio que sienta el artículo que comentamos, de que las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los por las mismas favorecidos,

Digitized by Google

pues son *juris et de jure*, y como tales, nada en contrario puede establecerse por regla general. Y entre estas presunciones legales vemos indudablemente comprendida la que pasa ya por verdadero aforismo jurídico, *pater est quem justæ nuptiæ demostrant*, puesto que á nadie cabe duda de que los hijos habidos de un matrimonio son, racionalmente pensando, del marido y de la mujer que los dió á luz.

El Proyecto de Código de 1851 viene á sentar, en su art. 1226, que la presunción legal es la inherente á actos ó hechos determinados por una disposición especial de la ley, tales son: 1.° Los actos que la ley declara nulos sin atender mas que á su calidad por presumirlos hechos en fraude de sus disposiciones. 2.° Los casos en que la ley declara la propiedad ó el descargo de una obligación por el concurso de ciertas circunstancias determinadas. 3.° La fuerza que la ley atribuye á la confesión de la parte. Y 4.° La autoridad de la cosa juzgada cuando en ésta concurra la unidad de las personas, de las cosas y de la causa ó acción; en lo cual están perfectamente conformes, tanto en su espíritu como en su letra, con ligerísimas variantes, varios Códigos extranjeros, muy especialmente el de Veracruz-Llave en su art. 1625, y el de la República Oriental del Uruguay en su art. 1562

Esto, á la verdad, dada la admisión de tal medio de prueba, lo vemos tan lógico y facilita tanto en la práctica la decisión de los asuntos judiciales, que no comprendemos la razón que el legislador habrá tenido para adoptar en nuestro Código hoy vigente un sistema contrario á lo establecido en aquel Proyecto, tanto menos cuanto que en los arts. 1350 del Código de Francia, 1350 del Código de Italia, 1350 del Código de Bélgica y 1957 del Código de Holanda, viene á determinarse de igual manera, que, las presunciones legales son aquellas que por disposición de la ley se deducen ó van anejas á ciertos documentos ó á ciertos hechos, y reflejan los mismos casos que anteriormente hemos indicado, aunque alguno de ellos se presenten invertidos en su numeración.

Concuerda también con los arts. 1003 del Código de Vaud, 1254 y 1255 del de Bolivia, 1266 del de la Luisiana, 1304 del de Nápoles, 1463 del Sardo, 2517 del de Portugal; viéndose en todos ellos la misma tendencia, lo cual es muy lógico, por cuanto la presunción legal es el pensamiento mismo de la ley, y como la ley de todos los pueblos para ser duradera ha de tener su asiento y guardar perfecta conformidad con la ley natural, de aquí el que al establecer Códigos distintos los casos especiales y determinados de presunción legal, coincidan la mayor parte de ellos.

Art. 1251. Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohiba.

Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión.

Digitized by Google

Parecen á primera vista antagónicos los preceptos comprendidos en el artículo anterior y los que entraña el que acabamos de consignar, y sin embargo no hay tal contradicción, ni tal antagonismo, por cuanto, no porque el que tiene á su favor una presunción legal, esté dispensado de la prueba, ha de dejar el legislador á la parte contraria á la que presente tales presunciones sin medios de destruir ó contrarestar por lo menos la prueba hecha por su adversario, pues en tal caso vendria á hacerse privilegiada la prueba de presunciones legales, lo cual seria opuesto al principio de que ante la ley no debe haber privilegios para los litigantes, y equivaldria á colocar en condiciones distintas á los que en la lucha jurídica no deben acudir con ventaja alguna ajena a la que se derive de sus propios derechos. Por esto creemos que hasta en la excepción que se siente en la última parte del apartado primero del artículo que nos ocupa, debe tenerse cuidado de no dársele una mayor extensión que la que sea meramente necesaria, pues sin hacer una distinción expresa entre las presunciones *juris* y las presunciones *juris et de jure*, marcan por sí mismas un rasgo característico y esencial que las separa. pues mientras las unas son establecidas por una disposición especial de la ley, otra disposición, también especial, debe sentar ó reservar la prueba cuando contra las mismas pueda admitirse.

Y el párrafo último de este mismo artículo viene ya estableciendo una de las reglas especiales que determina la contra eficacia de la cosa juzgada, á la que siempre deberá considerarse como verdad, mientras no hubiere una sentencia en contra ganada en juicio de revisión. Por esto el Derecho romano, en la ley 207.ª del Digesto de *regulis juris*, estableció el principio tenido como axioma jurídico: *res judicata pro veritate habetur*; contra el cual, según hemos indicado antes, solamente cabe el recurso de revisión en los casos en que con arreglo á la ley tiene lugar, sujetándose á los trámites establecidos en los arts. 1796 al 1810 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, 9.ª y 12.ª, tit. 3.º, lib. 22 del Digesto; Regla 32.ª, tit. 34.º, Part. 7.ª; ley 19.ª, tit. 22.º, Part. 2.ª; leyes 1.ª y 2.ª, tit. 26.º, Part. 3.ª; habiendo propuesto preceptos análogos el Proyecto de Código de 1851 en sus apartados segundo y tercero del art. 1227, y el Proyecto de 1882, en su art. 1264.

Concuerda con los arts. 1352 y 1353 del Código de Italia, 1352 del de Francia, 1958 del de Holanda en su párrafo segundo, 1254 y 1255 del de Bolivia, 2266 del de la Luisiana, 1005 del de Vaud, 1352 del de Bélgica, 1306 del de Nápoles, 1465 del Sardo, 1626 y 1627 del de Veracruz-Llave, 1563 1565 del del Uruguay, y 2518 del de Portugal.

Art. 1252. Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más

Digitized by Google

perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez ó nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Se entiende que hay identidad de persona siempre que los litigantes del segundo pleito sean causa habientes de los que contendieron en el pleito anterior ó estén unidos á ellos por vínculos de solidaridad ó por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho á exigirlas ú obligación de satisfacerlas.

Claro, preciso y terminante es el artículo que acaba de consignarse; nos recuerda su lectura algo de lo que se prescribe en nuestras leyes acerca de la acumulación, y nos da una idea exacta de lo que vale la autoridad de la cosa juzgada y de la importancia que tiene en sí misma, pues es el título más firme y seguro de posesión y propiedad, toda vez que prevalece, aun cuando se hubieren descubierto nuevos instrumentos ó nuevos justificantes, cuando fuese verdaderamente ejecutoria; así lo expresaba la ley 4.ª, tit. 52.º, lib. 7.º del Código romano, y así se deduce de la ley 19.ª, tit. 22.º, Part. 3.ª

La autoridad de cosa juzgada, según antes hemos indicado, era ante el Derecho romano, *res judicata pro veritate accipitur*; y según la ley 32.ª, tit. 34.º, Part. 7.ª, cuyo espíritu tomó de aquella regla de derecho antes indicada, del Digesto número 207; era la sentencia de que no se puede alzar; y la misma versión sostuvo la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 42 del Digesto, desde el momento que en ella se prevenía que dicha cosa juzgada daba fin á la contraversia judicial, ya condenando, ya dictando una absolución; viniendo á significar todas estas disposiciones legales y todas las versiones que á las mismas se hayan dado, que la cosa juzgada es lo mismo que sentencia ejecutoriada, ya porque contra la misma no se admite apelación ni otro recurso, ya por la conformidad tácita ó expresa de las partes interesadas en el litigio.

Sin embargo, y á pesar de la general eficacia en las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las relativas á la nulidad ó validez de las disposiciones testamentarias cuya fuerza y valor se hacen extensivas á terceros, hay casos en que puede rescindirse una sentencia si se prueba que ella fué dada en virtud de instrumentos falsos; pero aún en estos casos han de concurrir la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas litigantes y la calidad con que ejercitaron sus respectivas acciones entre el caso resuelto por dicha sentencia y el en que dicha presunción de cosa juzgada se in-

Digitized by Google

vocase, ó lo que es lo mismo, que ha de pedirse en la nueva demanda la misma cosa, ejercitando la misma acción, utilizando el mismo título ó la misma causa, é interviniendo las mismas personas que como litigantes intervinieron en el juicio anterior y bajo los mismos conceptos ó calidad. Así se disponia también en las leyes 13.ª y 14.ª, tit. 2.°, lib. 34 del Digesto al expresar *eadem res, eadem causa petendi, eadem condictio personarum*; y así lo prescribia también la ley 25.ª, tit. 2.°, Part. 3.ª

Nuestro Código, en el último párrafo del artículo que nos ocupa, viene á sentar lo que de todos es conocido, es decir, lo que se entiende por identidad de personas para los efectos del caso, respecto de lo cual no hay más que atenerse á las palabras que dicho párrafo contiene, es decir que no es indispensable la identidad material de los sugetos á los pleitos concurrentes, sino que basta que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior, ó estén unidos á ellos por vínculos de solidaridad ó por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho á exigirlas ú obligación de satisfacerlas.

El Proyecto de 1851, en la última parte de su art. 1226, como el de 1882, en su art. 1365, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los artículos 1351 del Código de Bélgica, 1351 del de Italia, 1351 del de Francia, y 1954 del de Holanda.

Art. 1253. Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Es tan claro el concepto jurídico de este precepto, tan precisa su exposición y tan natural cuanto en el mismo se sostiene, que no necesita comentario alguno; la mayor parte de los modernos Códigos extranjeros, vierten las mismas ideas sobre el particular, si bien con la expresa determinación de que queden sometidas tales presunciones al criterio y prudencial arbitrio del magistrado, lo cual ha de suceder necesariamente en nuestro país, por más que el artículo que comentamos no lo diga, pues es de buen sentido.

Concuerda con los arts. 1959 del Código de Holanda, 1353 del de Francia, 1519 del de Portugal, 1354 del de Italia, 1353 del de Bélgica y 1566 del del Uruguay.

PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES ANTE EL DERECHO FORAL

Nuestro Código dedica el capítulo 5.° de este tit. 5.°, del lib. 4.°, á la prueba de las obligaciones; tratado que no puede menos de estar en perfecta relación

Digitized by Google

con la ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en todos los ámbitos de los dominios españoles, y que por lo tanto absurdo seria lo obligase á todos, aforados ó no aforados, como dicha ley de enjuiciar obliga, siendo por consiguiente de aplicación general el referido cap. 5.º de este Código, por mas que otra cosa se suponga por ciertos tratadistas.

Por esto no hemos de ocuparnos especialmente de la prueba de las obligaciones en Aragón y en Cataluña; pues si bien antes Aragón se regia en esto por los Fueros *De probationibus*. *De fide instrumentorum* y *De confesis*, y en Cataluña se atendia para tales pruebas á lo establecido en los *Usatjes* 2.º y 3.º del tit. 16, lib. 11, vol. 1.º, varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre ellas la de 4 de Abril de 1867, declararon que dichas disposiciones especiales están derogadas por la ley de Enjuiciamiento. Asi es que la prueba de las obligaciones en general se sujeta á la ley de procedimiento antes citada, y á las disposiciones de este Código, por más que en rarísimos casos se utilizan medios especialisimos de justificación, que en la práctica se han consentido más por la costumbre que por otra razón, y de los cuales nos hemos ocupado al tratar de los testamentos especiales, que ya se examinan separadamente en cada caso, sin que sobre ellos pueda sentarse una base extensiva a toda la legislación foral; en la que, con los procedimientos generales tanto se ha venido ganando, por haberse sentado principios de los que carecian las regiones aforadas.

No obstante la razonada doctrina de la sentencia ya citada y de que ha de reconocerse necesariamente que la ley de Enjuiciamiento civil tiene un carácter general que nadie puede negarle, y que se impone á todos los españoles, vivan dentro ó fuera de las regiones aforadas, pretenden algunos que queda en vigor para Cataluña el *usatje duo testes*, en virtud del cual, dos ó más testigos idoneos bastan para probar todos los negocios; pero cualquiera que imparcialmente juzgue el asunto ha de tener presente, que los medios de prueba no pueden ser otros que los que taxativamente se consignan en este Código, en la ley de Enjuiciamiento civil y en el Código de Comercio para los asuntos mercantiles, y que en Cataluña como en toda España, de la que esta región forma parte integrante, no pueden menos de regir, como rigen, dichas disposiciones, puesto que con carácter general se dieron, bajo un mismo régimen constitucional, á todas las provincias, cuando ya las regiones aforadas no podian pretender se legislase para ellas especialmente.

Digitized by Google

TÍTULO II.

De los Contratos.

CAPITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1254. El contrato existe desde que una ó varias personas consienten en obligarse, respecto de otra ú otras, á dar alguna cosa ó prestar algún servicio.

Llegamos en nuestras tareas á uno de los puntos más importantes del derecho civil; á una de esas materias esenciales en la vida social, indispensables en la vida jurídica, base de la vida económica. Donde hay vida de aproximación, donde hay vida social tiene que haber contratos. Solo en la absurda hipótesis de la vida material, del aislamiento imposible en lo racional, insostenible en lo lógico, é irrealizable ante el buen sentido, cabria la carencia de contratos.

Ya entendamos por contrato lo que entendian los romanos, ya lo que exponian nuestras antiguas leyes patrias; ya lo que los códigos modernos expresan; ya se mire bajo el concepto jurídico que del ordenamiento de Alcalá debe deducirse, será siempre la relación jurídica entre dos voluntades que confluyen acerca de la adquisición ó de la enajenación de un derecho ó una cosa; pues evidente es que en ellos no puede faltar la persona ó sujeto del derecho, el objeto del derecho, el *vinculum juris*, y el desprendimiento de derechos y obligaciones.

El contrato distinguianlo de la convención por su sentido etimológico, haciendo, por decirlo así, entre los romanos, de la convención el género, del contrato y del pacto propiamente dicho, la especie; pues conceptuaban que bajo la convención se comprendian el contrato y el pacto, viniendo á tener todos ellos un centro común, es decir, el consentimiento ó la unidad de voluntades, aunque su extensión tenga círculos concéntricos más ó menos dilatados. Por ello consideraban que el contrato era la convención legal por excelencia, en el cual se ve siempre causa que lo produce y fuerza civil de obligar, mientras que suponian que los pactos carecian de tales elementos y producian obligaciones puramente naturales; mas estas teorias duraron afortunadamente poco en el pueblo romano, que en la práctica las modificó en cuanto dable fué con sus principios tradicionales, tanto por el derecho pretorio como por los emperado-

Digitized by Google

res, bajo cuya sombra dióse á los pactos los efectos jurídicos correspondientes á imitación de los verdaderos contratos.

Más tarde el derecho moderno ha comprendido de otra manera la palabra convención, significando el acuerdo de varias personas con intención ó no de obligarse sobre una misma cosa ó derecho, y al contrato lo han considerado como la convención efectuada con ánimo de constituir una obligación, mientras que al pacto se le ha considerado como la estipulación ó convenio especial que á veces se une al contrato de manera tal que forma una parte integrante del mismo. Pero de igual manera en las legislaciones antiguas que en las modernas viene á demostrarse que aun dándoles efectos jurídicos á los pactos como á los contratos relativamente, y á las convenciones, éstas, partiendo del punto común *consentimiento*, tienen una esfera más amplia que los contratos, y éstos circulan bajo límites que, siendo más circunscritos que los de las convenciones en general, son bastante más amplios que los de los pactos.

Nuestro Código al tratar de los contratos, viene á dividir esta materia en una sección preliminar bajo el epígrafe de disposiciones generales contenido en el capítulo primero del título segundo que nos ocupa, en el cual vienen á consignarse sintéticamente los principios jurídicos propios de los contratos y las reglas que á los mismos deben aplicarse, dividiendo luego en capítulos y en secciones los requisitos esenciales para la validez de dichos contratos, y comprendiendo bajo diferentes títulos los más importantes de ellos; mas, sin detenernos ahora en hacer un examen general de lo que ésta parte del derecho civil comprende, iremos ocupándonos seguidamente, por el orden marcado en el mismo Código, de esos principios generales, de los requisitos esenciales para su validez y de la naturaleza del contrato, para entrar después en cada una de sus clases; por ello, prescindiendo ahora de presentar sintéticamente tales divisiones y las diferentes teorías que sobre las mismas han expuesto varios publicistas, nos concretaremos, como lo veníamos haciendo anteriormente, á comentar y concordar artículo por artículo, empezando ahora por el 1254, que es con el que nuestro Código da comienzo á esas disposiciones generales sobre contratos.

En vez de definir como hacen algunos Códigos modernos y como lo efectúan principalmente los de Francia, Italia, Bélgica y Holanda, que son los que de un modo más técnico tratan esta parte del derecho civil, en vez de consignar como éstos, que el contrato es un convenio en cuya virtud una ó varias personas se obligan respecto de una ó varias otras á dar, hacer ó no hacer alguna cosa, nuestro Código, huyendo como huye siempre de definiciones, que, en verdad son difíciles, y en rigor no se hacen indispensables en un cuerpo de derecho de esta naturaleza, dando por supuesto que todos los que se dedican al estudio del derecho civil, conocen y conocer deben lo que es contrato, ex-

Digitized by Google

pone, en su art. 1254, que el contrato existe desde que una ó varias personas consienten en obligarse respecto de otra ú otras á dar alguna cosa ó prestar algún servicio. De manera que, sin definir, dice clara y sencillamente en lo que consiste el contrato, cuando debemos reconocer su existencia, y, sobre todo, fija como punto cardinal de la misma, como base del contrato, el consentimiento, la tendencia á obligarse por el mismo, y la confluencia de voluntades en la convención de unas respecto de otras para dar ó hacer alguna cosa, que es precisamente lo que en un principio hemos significado acerca de la naturaleza del contrato; pudiendo añadir que después de publicado el Ordenamiento de Alcalá, á que antes nos hemos referido, que después de aceptada aquella célebre ley, y, consignada en la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación la esencia del mismo, es decir, las frases que indican que de cualquier manera que el hombre aparezca quiso obligarse queda obligado, que después de haberse expuesto lo que el artículo que del Código que comentamos consigna en los párrafos anteriormente transcritos, realmente han desaparecido las diferencias esenciales que la ley romana y nuestras Partidas encontraban entre la convención el contrato y el pacto, y han venido á obligar por igual hasta cierto punto los que en el aspecto jurídico y en el social como en el natural tienen un mismo origen, el consentimiento.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 7.º, lib. 44 del Digesto; 3.ª, párrafo 3.º, tit. 14, lib. 2.º del Digesto; 7.ª, tit. 14, lib. 2.º del Digesto; ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, ó sea la ley 1.ª, tit. 16 del Ordenamiento de Alcalá, habiendose propuesto preceptos análogos en el art. 973 del Proyecto de 1851 y en el 1267 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1101 del Código de Francia, 1098 del de Italia, 1101 del de Bélgica, 1349 del de Holanda, 641 del de Portugal, 861 del de Austria, 1438 del de Chile, 1495 del de Colombia, 1104 del de Bolivia, 1754 del de la Luisiana, 1055 del de Nápoles, 806 del de Vaud, 1396 del de Guatemala, 1346 del de Veracruz-Llave, 1208 del del Uruguay, 1137 del de la República Argentina, 1438 del de Chile, 1389 del de México, 1278 del de la Baja California, 1388 del de Campeche; y, según el eminente jurisconsulto Goyena manifiesta en sus comentarios al Proyecto de 1851, el art. 1.º, tit. 5.º, parte 1.ª del Código prusiano, dice, que por contrato se entiende el consentimiento mútuo para la adquisición ó enajenación de un derecho.

Art. 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á las leyes, á la moral, ni al orden público.

Apenas puede ser objeto de comentario el artículo que acaba de consig-

Digitized by Google

narse, pues es tan evidente lo expresado en el mismo que no puede caber duda alguna de lo que en él se significa, pues aunque su redacción nos dé á entender la subsistencia en parte de lo que con relación á la división romana de convención, contrato y pacto expusimos, esto no quiere decir que dentro del más y el ménos de la confluencia de voluntades para un objeto dado, no quepa el pacto, como de menor extensión, dentro del contrato, pues realmente no uno sino varios puntos pueden vivir bajo la existencia de un contrato, lo mismo que las cláusulas y condiciones que en el mismo se impongan, mientras que no cabria que, lógicamente pensando, se incluyera el *más* en el *menos* ó sea varios contratos en un mero pacto.

El Proyecto de Codigo de 1851, en su art. 974, era más sencillo; y aun cuando algunos lo citan como concordante, realmente, de haber tenido aquel Proyecto vida jurídica nunca su art. 974 hubiera podido conceptuarse como precedente del 1255 que de nuestro Código nos ocupa, pues aquél se limitaba, copiando en parte la ley del Ordenamiento, á proponer como prescripción legal que todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado, mientras que el artículo que al presente comentamos de nuestro Código, determina las facultades de los contratantes en cuanto no se opongan á las leyes, á la moral ó al orden público. En cambio el Proyecto de 1882, propuso un precepto análogo al que al presente nos ocupa.

Concuerda con lo que prescriben los arts. 1134 del Código de Francia, 1119 y 1122 del de Italia, 17 del de Suiza, 1132 del de Bolivia, 1134 del de Bélgica, 1450 del de Guatemala, 1347 del de Veracruz-Llave, 672 del de Portugal, siendo los verdaderauente concordantes los tres últimos.

Art. 1256. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Claro es el precepto que acaba de transcribirse, y claramente expuestos son los motivos del mismo en las leyes del Digesto 17, 48, 63 y 108, párrafo 1.°, lib. 45, ley 8.ª tit. 7.°, lib. 44. *Stipulatio non valet in rei promettendi arbitrium collata conditione. Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit. Sub hac conditione, si volam nulla sit obligatio: pro non scripto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis.*

De la misma manera que no tiene eficacia el legado que se deja al arbitrio del heredero (la ley 43, párrafo 2.° lib. 30 del Digesto), no puede tenerla la venta cuyo precio se deja á la voluntad del vendedor ó del comprador, porque no hay consentimiento perfecto en aquello que no se determina, en aquello en que no se realiza el concurso de dos voluntades, esa confluencia natural, lógica y precisa para que pueda razonablemente sostenerse que hay verdadero consentimiento.

Digitized by Google

La mayor parte de los Códigos extranjeros están conformes en esto.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 979 así lo propuso, como el artículo 1269 del Proyecto de 1882.

Además de los precedentes indicados, pueden considerarse también como tales la ley 13.ª, tit. 38, lib. 4.º del Código romano, y la ley 9.ª, tit. 5 °, Part. 5.ª

Notamos análogias y concordancias con los arts. 1374 del Código de Holanda, 1134 del de Francia, 1223 y 1224 del de Italia, 1134 del de Bélgica, 1394 del de México, 1278 de la Baja California, 1394 del de Campeche, 1426 y 1427 del de Guatemala, 1214 del del Uruguay idéntico al nuestro, 1353 del de Veracruz-Llave y otros. Debiendo hacer presente que los Códigos con quienes verdaderamente concordamos en esta materia son los de México, Campeche, Baja California, Veracruz-Llave y Uruguay, pues éste ya hemos dicho que es igual al nuestro, é idéntico también aparece á los otros cuatro en su primera parte, sentando una excepción bien fundada que el Sr. Goyena atribuye al de Holanda y que realmente no se ve en el hoy vigente en aquel país; esa excepción es mas comcomprensiva y extensa en el Código de Veracruz-Llave que en ningun otro, puesto que despues de sentar la regla general de que la validéz y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, dice el citado art. 1353 de aquel Código: «pero si la obligación depende de un hecho cuya ejecución es potestativa de una de las partes, y este hecho se verifica, la obligación es válida»; cuya excepción es en extremo justa porque implica el cumplimiento de una condición que ratifica y vigoriza el contrato.

Los Códigos de Mexico, de Campeche y de Veracruz-Llave, se contentan con preceptuar que la validéz y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, á excepción de los casos expresamente señalados en la ley.

Art. 1257. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto á éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, ó por su naturaleza, ó por pacto, ó por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

Bajo el epígrafe de «efectos de los contratos» se ven en algunos Códigos modernos estas disposiciones que en el derecho romano y en nuestro antiguo derecho se iniciaron.

Digitized by Google

Es evidente que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, porque como para contratar se exige como elemento indispensable el consentimiento, la concurrencia de dos voluntades acerca de un objeto ó derecho determinado, no es posible que produzca efecto mas que entre los que concurran á constituir esa relación jurídica que nace de todo contrato: pues si á los que no intervinieron como partes en el contrato obligase, se echaria por tierra la naturaleza del mismo y se conculcarian los elementos que le dan vida. Mas hay que tener en cuenta que es ya axiomático que el que contrata lo hace para si y sus herederos, y por ello en cuanto á los derechos y obligaciones transmisibles alcanzan á éstos los efectos del contrato, porque como el heredero es la continuación y el representante de su causante, éste no puede menos de participar de los actos jurídicos transmisibles de aquél y sus consecuencias. Por esto la última parte del primer apartado del art. 1257 del Código que comentamos presenta la excepcion que enunciamos, de que no produzcan efecto los contratos contra los herederos de los contratantes, cuando los derechos y obligaciones que se derivan de aquellos no son transmisibles por su naturaleza, por pacto ó por disposición legal.

Pero viene luego el segundo apartado de este artículo á sentar una nueva excepción á la regla general establecida de que los contratos solo producen efecto entre los otorgantes y sus herederos; esta excepción y la de que si el contrato tuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada, es decir, que se hace indispensable el consentimiento ó aceptación de aquella parte del contrato por ese tercero favorecido, luego ya no es una persona estraña, pues al aceptarlo confluye su voluntad con la de los contratantes en aquello que al mismo corresponde, y por ello debe conceptuársele como uno de los sujetos de derecho, que si bien no acudió á la constitución de aquella relación jurídica en la que se le mezcló por los otorgantes, con su aceptación ratificó lo estipulado por los constituyentes y entró en él relativamente á la participación que aquellos le otorgaron ó le asignaron. Es decir, que la aceptación posterior del tercero constituye un verdadero contrato con relación al mismo, como si hubiera aceptado é intervenido en él cuando se celebró.

Precedentes encontramos en las leyes 27, párrafo 4.°, tit. 14, lib. 2.° del Digesto, en el tit. 60 del lib. 7.° del Código romano, en el párrafo 18, tit. 20, libro 3.° de las Instituciones de Justiniano, y en la ley 7.ª, tit. 11, Part. 5.ª; y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 977, como el de 1882 en el art. 1270, propusieron preceptos análogos.

Vemos concordancias en los arts. 1350 del Código de Veracruz-Llave, 1351 al 1353 en su relación con el 1376 del de Holanda, 1215 y 1217 del del Uruguay, 1428 y 1429 del de Guatemala, aunque no es igual el orden de sus preceptos; 1123

Digitized by Google

y 1128 del de Italia; 1119 al 1122 en su relación con el 1165 del de Francia, 1195 del de la República Argentina, 1773 del de la Luisiana, 821 y 865 del de Vaud, 1449 del de Chile, 703 del de Portugal, 1393 y 1536 del de México, 1277 y 1420 del de la Baja California, 1393 y 1536 del de Campeche, 1192 del Sardo, 1118 del de Nápoles y otros, de los cuales el más semejante al nuestro es el de Veracruz-Llave, pues aunque los demás se informan en los mismos principios, no son parecidos en su redacción.

El de Italia, no obstante, también tiene su semejanza; pues preceptúan en el art. 1123 que los contratos formados legalmente tendrán fuerza de ley para aquellos que los hayan otorgado, y no podrán revocarse sino por mutuo consentimiento ó por causas autorizadas por la ley; mientras que en su art. 1128 se previene que nadie podrá estipular en su propio nombre, mas que para sí mismo; pero que cualquiera podrá estipular en beneficio de un tercero, cuando esto constituya la condición de un contrato, que se haya hecho por uno mismo, ó de una donación que á otros se haga; y el que haga tal estipulación, no podrá revocarla si el tercero ha declarado querer aprovecharse de ella.

Art. 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fé, al uso y á la ley.

Elemento primordial, esencialísimo del contrato, el consentimiento, basta éste para su perfección. No imperando ya el ritualismo romano y las sutilezas de aquel derecho, puede afirmarse que todo contrato es consensual; por ello el artículo que acaba de consignarse no puede guardar mayor conformidad que la que guarda con la naturaleza del contrato; por ello desde que el mutuo consentimiento tiene lugar de cualquier modo claro, comprensivo y terminante que sea, nace la relación jurídica entre aquellas voliciones convergentes á un determinado fin, y obliga, por el *vinculum juris* que del mismo se deriva, no sólo á cumplir lo pactado, sino también á todas sus consecuencias que según su naturaleza sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley.

No estamos ya en aquellos tiempos en que era de vigor aquella múltiple y atildada división de contratos en consensuales, reales, verbales, literales, unilaterales, bilaterales, intermedios, lucrativos, onerosos, conmutativos, aleatorios, nominados, innominados, principales y accesorios, y en que aunque hubiese el consentimiento, los *reales* no se perfeccionaban sin la entrega de la cosa; los verbales tomaban su fuerza y vigor de las palabras sacramentales empleadas en su celebración, los literales eran hijos de la escritura en que se establecían, etc., etc.; no, hoy ya afortunadamente, atendiendo más al fondo y

Digitized by Google

fundamento de contrato que á rutinarias fórmulas, todos son esencialmente consensuales, todos se perfeccionan por el consentimiento, y de la prestación de éste arrancan todos los derechos y obligaciones á que dan lugar los contratos.

Ahora, repetimos, todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento; y aunque hay contratos reales, como el depósito, en que no puede el depositario quedar obligado á restituir la cosa depositada mientras no se acredite que fué materialmente entregada, esto no significa que el contrato de depósito, como cualquier otro real, no quede perfeccionado por el consentimiento, y luego viene la consumación por medio de la entrega. De modo que no hay que confundir la perfección con la consumación del contrato, pues desde el perfeccionamiento de un contrato real queda obligado á entregar la cosa el que á ello se obligó hasta con una simple promesa, si ésta fué aceptada; y, una vez entregada la cosa, con lo cual se consuma el contrato real, nacen en el que verifica la entrega ciertos derechos, al propio tiempo que el que la recibe contrae las obligaciones propias y anejas.

Nada hemos de decir respecto de la perfección de los demás contratos, según el antiguo derecho. Ya hemos dicho que indispensable era antes la tradición de la cosa para su perfección en los reales; nadie ignora que de la congruencia entre la pregunta y contestación dependia la perfección en los verbales; y que en los literales solo la escritura perfeccionaba el contrato. Darse no deben más detalles, ni traerse pueden aquí ciertas reminiscencias del derecho antiguo que pasó á la historia, que respetamos en sus orígenes, para no darle aplicación ya jamás porque la época de su observancia espiró, y hoy implicaria un contrasentido, una lucha absurda, quimérica é insensata con el presente y para el porvenir. Por ello recordaremos tan sólo que varios de sus precedentes se encuentran en las leyes 31, párrafo 20, tit. 1.°, lib. 21; 2.ª, párrafo 5.°, tit. 7.°, lib. 44 del Dig.; números 34, 90 y 183 *De regulis juris*.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 978, y el de 1882, en su art. 1271, propusieron preceptos análogos, y en relación está el art. 1258 que de nuestro Código comentamos con varios preceptos del Código de Comercio, entre otros, los de los arts. 50 al 55 del mismo.

Concuerda con los arts. 1135 del Código de Bélgica, 1124 del de Italia, 1135 del de Francia, 1375 del de Holanda, 1897 y 1898 del de la Luisiada, 836 del de Vaud, 1226 del Sardo, 1089 del de Napoles, 1132 del de Bolivia, 1252 del del Uruguay, 1425 y 1426 del de Guatemala, 704 del de Portugal, 1197 y 1198 del de la República Argentina, 1392 del de México, 1276 del de la Baja California, 1312 del de Campeche, 1352 del de Veracruz Llave; siendo idénticos al nuestro estos dos últimos y el de México, contenidos en las disposiciones preliminar ó general á los contratos, mientras que otros como los de Italia, Uruguay, Guatemala y Holanda, los tratan entre los efectos de los contratos.

Digitized by Google

Art. 1259. Ninguno puede contratar á nombre de otro sin estar por éste autorizado ó sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado á nombre de otro por quien no tenga su autorización ó representación legal será nulo, á no ser que lo ratifique la persona á cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

Tal relación tiene este artículo con el 1257, que con lo que expusimos al comentar el uno, pudiéramos excusarnos de hacer otro comentario.

Es de buen sentido que nadie puede contratar á nombre de otro, sin estar por éste autorizado, porque la personalidad es exclusiva, porque la voluntad de uno no puede traducirse por otro sin que éste se la comunique; y, siendo necesaria la voluntad de los contratantes para crear la relación jurídica que crea y sostiene todo contrato, no puede faltar este requisito *sine qua non*, indispensable para que la convergencia de las dos voliciones sobre un hecho, origine el *vinculum juris*, del que se derivan los derechos y obligaciones que se desprenden de los contratos. Es nulo, por lo tanto, todo el que se celebre á nombre de otro sin la autorización ó representación legal correspondiente. Y solo por la ratificación de ese tercero, puede convalidarse lo hecho por otra persona á su nombre sin autorización; pues el ratificarse, antes de su revocación, lo establecido por otro á nuestro nombre, viene á suponer por una ficción legal el concurso anticipado de nuestra voluntad en aquel acto que se efectuó á nuestro nombre, quizá sin conocerlo.

Precedentes encontramos en el n.° 60 de *regulis juris*, y en la regla 10.ª, título 34.°, Part. 7.ª, exponiendo esta última: *Quien ha por firme la cosa que fecha en su nome, vale tanto como si la oviesse mandado facer de primero*; y no dejan de verse también algunos antecedentes en el párrafo 21.°, lib. 3.°, tit. 19.° de la Instituta; leyes 81.ª y 83.ª, lib. 45.°, tit. 10.° del Digesto; y leyes 7.ª y 11.ª, tit. 11.°, Part. 5.ª.

Los Proyectos de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 980 y 1272, propusieron idénticos preceptos, que, sobre todo el primero, guardan perfecta conformidad con la jurisprudencia universalmente sentada en todas las naciones; y está en relación con los arts. 139 al 141 de la ley hipotecaria peninsular, 153 al 155 de la de Cuba, y 146 al 148 de las de Puerto Rico y Filipinas, así como con el artículo 112 del Reglamento para su ejecución, los arts. 292 al 296 del Código de Comercio, y los arts. 60, 61, n. 1.° del 155, 1713 y 1717 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1119 del Código de Francia, 1128 al 1130 del de Italia, 1119 del de Bélgica, 1354 y 1355 del de Veracruz-Llave, 1428 del de Guatemala, 1218 del del Uruguay, 1351 y 1352 del de Holanda, 646 del de Portugal, 1448 del

Digitized by Google

de Chile, 1161 del de la República Argentina, 1401 del de México, 1285 del de la Baja California, y 1401 del de Campeche.

Art. 1260. No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto.

Ningún Código admite ya el juramento; y así como nuestro Código no pasa en silencio el tratar de la causa ó principio de obligar en los contratos, lo que ha sido objeto de diferentes prescripciones en otras legislaciones, apesar de que sabido es que la base, causa, fundamento y principio de todo contrato, es el consentimiento, podia haberse prescindido del juramento, porque hoy es contraproducente fiar al mismo una probanza ó dar más importancia al contrato celebrado bajo su prestación.

El juramento en los contratos, podria tener su razón de ser en ciertas épocas, pero hoy no puede sostenerse. Por esto nuestro Código preceptúa que se tendrá por no puesto en los contratos en que se prestare ó consignare. Su uso, ni aumenta, ni quita valor á la sustanciabilidad del contrato. Proscríbelo nuestro Código.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 983, y el de 1882 en su art. 1273, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1219 del Código del Uruguay igual al nuestro, 1397 del de México, 1419 del Sardo, 1281 del de la Baja California, 1397 del de Campeche y 1360 del de Veracruz-Llave igual al nuestro en su primera parte, dando la misma regla en su segunda parte, respecto á la fórmula promisoria que supliera al juramento. En los citados artículos de los Códigos de Mexico, Baja California y Campeche, se determina esencialmente el mismo precepto, puesto que se previene que el juramento no producirá ningun efecto legal en los contratos; y jamás en virtud de él, ni de promesa que lo sustituya, podrá confirmarse una obligación, si no hubiera otra causa legal en que se funde.

La mayor parte de los más ilustrados jurisconsultos, la gran mayoría de los publicistas, claman contra el juramento, porque conceptúan como nosotros, que su uso significa la habitualidad del perjurio. Y en verdad, que ni las leyes del Digesto (28.ª, tit. 7.º, lib. 28), ni las de Partida (6.ª, tit. 4.º, Part. 6.ª), ni las de la Novísima Recopilación, (6.ª, tit. 1.º, lib. 10), se deciden á su sostenimiento, por mas que del mismo tratasen.

Para el hombre honrado basta su palabra; para el malvado no alcanza la santidad que en el juramento debiera verse. El perjurio se extiende por todas partes: solo es ya dable evitar esta inmoralidad, suprimiendo el juramento.

Digitized by Google

CAPITULO II.

De los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

DISPOSICIÓN GENERAL.

Art. 1261. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.° Consentimiento de los contratantes.
2.° Objeto cierto que sea materia del contrato.
3.° Causa de la obligación que se establezca.

Siguiendo el método antes indicado, tócanos ahora exponer algunas breves consideraciones acerca de los requisitos esenciales de todo contrato; requisitos que no son otros que los que indicamos al tratar de las obligaciones. Ya al hacer algunas consideraciones sobre el derecho en general, indicamos que siempre se veia en él, sujeto del derecho, objeto del mismo y causa de relación entre el sujeto y el objeto del derecho: pues bien, esto es necesariamente indispensable al constituirse cualquier obligación; esto es necesario en el otorgamiento de cualquier contrato. No hemos de detenernos aquí á dividir, como lo hicieron los jurisconsultos del siglo diez y siete, los elementos del contrato en esenciales, naturales y accidentales, pues esto quiza produjese cierta confusión de la que debe huir el comentarista, mucho más, cuando en el presente artículo se circunscribe á la exposición de los elementos ó requisitos indispensables á todo contrato, el legislador.

Hemos expuesto también, que hoy el consentimiento es la base fundamental de todo contrato, y para que esta base exista, lógico es presuponer sujetos del derecho ó sean contratantes, porque si no hubiera estas personalidades cuyas voluntades convergen hacia el común acuerdo sobre un hecho ó un derecho determinado, no podria haber tal consentimiento. He aquí, pues, explicada sencillamente la necesidad del primer elemento del contrato ó sea del consentimiento de los contratantes. Y de este primer requisito se deduce la existencia del segundo, ó sea del objeto cierto, materia del contrato; porque así como para que haya consentimiento es necesaria la convergencia de las voluntades de los contratantes, es también indispensable que esta confluencia recaiga sobre un objeto cierto, sobre *un algo* que sea materia del contrato, pues si no existiese ese objeto sobre el que versase dicho consenti-

Digitized by Google

miento, de nada serviria el acuerdo de aquellas dos voluntades si no se realizase con un fin determinado, no pudiendo existir ese fin sin materia contratable.

Reconocida la necesidad de los dos anteriores requisitos, no puede menos de reconocerse la necesidad de la causa de la obligación que se establece, porque nadie se obliga sin causa, pues aun cuando todo dependa realmente del consentimiento, ese consentimiento debe tener por origen algún motivo, ya sea éste el lucro, ya la necesidad, ya el reconocimiento ó la gratitud, ya la pura liberalidad de uno de los contratantes, pues es evidente que el que contrata contrata por algo; y que no habiendo efecto sin causa, no puede menos de sentarse como principio fundamental ó requisito necesario de los contratos, la causa de la obligación que en los mismos se establece: y esto que relativamente á la causa indicamos, lo determinó perfectamente el Digesto al definirla y darle su verdadero sentido en los tits. 4.°, 5.° 6.° y 7.°, del lib. 12 de dicho cuerpo de Derecho: *Causa est ratio propter cuam aliquid datur, aut fit*, ó como la ley de Partida preceptuaba: «La razón ó motivo porque se dejaba, donaba ó pagaba».

Puesto que el legislador sólo en este artículo hace la exposición de los requisitos que conceptúa indispensables en la existencia de todo contrato, no otra cosa hemos de decir en este lugar.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 985, propuso preceptos análogos, si bien en lugar de los tres requisitos que enumera nuestro Código, proponia aquél en primer lugar la capacidad de los contratantes, y en quinto término la forma ó solemnidad requirida por la ley, pero nosotros creemos que, tratando como trata nuestro Código en el artículo que comentamos de señalar los elementos indispensables para que el contrato exista, no se necesita mentar siquiera la capacidad de los contratantes, por que ésta va envuelta en la idea del consentimiento, toda vez que el consentimiento de los contrayentes implica, como hemos repetido diferentes veces, confluencia ó convergencia de voluntades relativamente á un hecho ó á un derecho, y estas voluntades para que produzcan el consentimiento jurídico y el consentimiento filosófico es indispensable que sean libres, expontáneas, conocedoras de los hechos á que se refieren, racionalmente ordenadas, en una palabra, que sean voluntades de personas capaces, porque donde no hay capacidad no puede haber consentimiento.

En cuanto á la forma ó solemnidad requerida por la ley que el citado Proyecto proponia como requisito indispensable de los contratos, no la encontramos tampoco necesaria después de la ley del Ordenamiento de Alcalá; pues si desde que se dió aquella disposición, de cualquier manera que el hombre quiera obligarse queda obligado, no es de esencia para la constitución de un contrato la forma del mismo. Además, la forma no hace á la cosa ni afecta á la sustancialidad de los contratos, de manera que por ligeras variantes en ella

Digitized by Google

produzca su nulidad, pues realmente, existiendo el consentimiento y la cosa objeto del contrato, el contrato existe, cualquiera que sea la forma ó solemnidad que para su expresión se hubiera adoptado.

El art. 1274 del Proyecto de Código de 1882, propuso en cambio un precepto idéntico al que de nuestro Código comentamos al presente.

Concuerda con los arts. 1108 del Código de Francia, 1104 del de Italia, 1108 del de Bélgica. 1356 del de Holanda, 1362 del de Veracruz-Llave, 643 del de Portugal, 1406 del de Guatemala, 1222 del del Uruguay, 1445 del de Chile, 1395 del de México, 1279 del de la Baja California y 1395 del de Campeche.

SECCIÓN PRIMERA.

DEL CONSENTIMIENTO.

Art. 1262. El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó á su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Al comenzar esta sección primera á ocuparse del consentimiento como fuente del contrato expone cómo se manifiesta este consentimiento y que efectos produce la aceptación por carta, y al terminar la primera parte de su precepto, viene á expresar lo que tantas veces nosotros hemos expuesto, que el consentimiento no es más que la convergencia de dos voluntades sobre una misma cosa, el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Así se ve en el de compra-venta, que el vendedor ofrece una casa por cincuenta mil pesetas; si el comprador acepta la casa por aquel precio, como que la casa constituye la cosa y el precio la causa del contrato ó el motivo por el que se le ha de entregar la cosa que se vende, queda hecha la manifestación del consentimiento en lo que se refiere al primer apartado del artículo que nos ocupa.

Mas como los contratos no siempre se hacen en el mismo punto ni verbalmente, viene el apartado segundo de este mismo artículo á aclarar la situación, determinando que para el caso en que la aceptación se hiciere por carta, no puede obligarse al que hizo la oferta hasta que llegue á su conocimiento dicha aceptación; y esto se comprende perfectamente, porque requiriendo el consentimiento esa confluencia de voluntades tantas veces mentada, el contacto de las mismas indispensable para consentir, no tiene ni

Digitized by Google

puede tener lugar hasta que esas dos voluntades son conocidas por ambas partes. Y luego este mismo apartado, en su último extremo viene á determinar una cuestión de competencia más bien propia de la ley de procedimiento, que es la de que ese contrato celebrado por carta presume ser siempre que se hace en el lugar en donde se efectuó la oferta.

De todos modos, conviene hacer presente la gran relación en que este artículo se halla, en cuanto á los comerciantes se refiere, con el art. 54 del Código de comercio, para cuando la aceptación se opera por cartas, y con el párrafo segundo apartado segundo del art. 51 del mismo Código, en cuanto á la correspondencia telegráfica entre los mismos comerciantes.

Muchos de los Códigos extranjeros que tenemos á la vista, al ocuparse del consentimiento, lo hacen casi en los mismos términos que proponia el Proyecto de nuestro Código de 1851, es decir, de un modo negativo y expresando que no habrá consentimiento válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia ó sorprendido por engaño; que es precisamente de lo que se ocupan los Códigos de Francia, en su art. 1109 al 1117; Italia en sus arts. 1108 al 1115; Bélgica, en sus arts. 1109 al 1117; Veracruz-Llave, en sus arts. 1366 al 1373; y otros varios, entre los cuales se hallan también el de Holanda, en sus arts. 1357 al 1364, 1407 al 1414 del de Guatemala; viéndose también alguna concordancia en los artículos 1144 y 1147 del Código de la República Argentina, 1223 y 1226 del del Uruguay, 648 al 654 del de Portugal, 1403 al 1411 del de México, 1286 al 1294 del de la Baja California y 1403 al 1411 del de Campeche.

El Proyecto de 1882 en su art. 1275, propuso un precepto idéntico al que es objeto de este comentario.

Art. 1263. No pueden prestar consentimiento:

1.° Los menores no emancipados.

2.° Los locos ó dementes y los sordomudos que no sepan escribir.

3.° Las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley.

Viene aquí nuestro Código entrañando bajo la sección que trata del consentimiento, preceptos relativos á la incapacidad para prestarlo, lo cual demuestra la certeza de nuestro aserto al expresar qué el legislador no creyó necesario consignar en el art. 1261 la capacidad de los contratantes como requisito indispensable del contrato, porque consignándose el consentimiento de los contrayentes, éste envolvia aquel elemento necesario; y por lo tanto, tácitamente significaba lo que sobre la capacidad ó incapacidad viene desarrollándose en los artículos sucesivos; y conforme con las reglas anteriormente sentadas, expone, con muy buen acuerdo, que no pueden prestar su consenti-

Digitized by Google

miento ó no pueden por si contratar los que necesitan de la cooperación de otras personas para complementar su propia personalidad ó ser representados en juicio. Por ello, pues, de conformidad con lo establecido en este mismo Código, al tratar de la personalidad y de lo consignado en sus arts. 60 al 62, 199, 200, 213, 262, 314, 317, 320, 324, 1901, 1304 y demás concordantes, señala como incapaces para prestar su consentimiento á los menores de edad no emancipados, á los locos ó dementes, y sordomudos que no sepan escribir, y á las mujeres casadas en los casos expresados por la ley; y la razón de estos preceptos se comprende perfectamente, porque no teniendo los hijos no emancipados la libre administración de sus bienes, mal pueden contratar, y por consiguiente tampoco pueden prestar su consentimiento para ello; y como igualmente están privados de la administración de sus bienes los locos ó dementes, quienes según nuestro Código viven bajo tutela, y los sordomudos que no saben leer ni escribir, á quienes de igual modo el consejo de familia provee de tutor, no pueden ni unos y otros tener condiciones para prestar su consentimiento, ni para contratar. Nosotros sin embargo, debemos hacer aquí una advertencia, y es la de que no podemos confundir en manera alguna la situación de los locos ó dementes, con la de los sordomudos que no sepan escribir, porque la de los primeros depende de la perturbación de sus facultades mentales que los incapacita, imposibilitándolos de prestar su consentimiento, por cuanto sus voliciones no pueden ser razonadas. concienzudas y atinadas, ni tener ese *consensu mente* que implica el consentimiento en la generalidad de las personas que no se hallen perturbadas en sus facultades intelectuales; mientras que los sordomudos, si bien no se hallan como el común de las gentes, su defecto es en general puramente físico, y no se extiende á su raciocinio sino que se limita á la dificultad de expresión que solo se suple por una instrucción adecuada. y en este concepto creemos que ni puede colocárseles á igual nivel, ni el Código ha querido establecer tal igualdad de situaciones.

En cuanto á las mujeres casadas, no todas ni en todos casos están privadas de prestar su consentimiento, y por ello el Código muy razonablemente expone que solo tienen tal incapacidad en los casos expresados por la ley, pues aun cuando ya no exista sobre ella aquel poder que el antiguo Derecho romano reservaba al marido invistiéndole de una casi potestad paterna, como que la mujer ha podido sin embargo disponer sin licencia del marido de cuanto exclusivamente le pertenecia, excepto la dote, de aquí el que ya se consigne con cierta expresión el número tercero del artículo que comentamos, poniéndose en cierta armonia con las prescripciones de la ley 12.ª, tit. 23.º, Part. 1 ª, si bien difiere algún tanto de los preceptos de la ley de Toro, pero siempre teniendo en cuenta que por más que á la mujer la supongan algunos en el concepto de un verdadero menor, no es tan absoluto este criterio, ni puede menos de considerársela en más y con funciones propias, no solo cuando está facultada para

Digitized by Google

ejercer el comercio, sino con relación á ciertos bienes de su exclusiva pertenencia.

Precedentes encontramos, hasta cierto punto, en las leyes 1.ª, párrafos 12 y 13; 6.ª, tit. 7.º, lib. 44 del Digesto; 4.ª, y 5.ª, tit. 11.º, Part. 5.ª; 19.ª y 40.ª de *regulis jure*; y en relación está con los arts. 4.º, 6.º al 9.º, 11.º y 13.º del Código de Comercio.

El Proyecto de Código de 1851, al tratar de la capacidad de los contrayentes, propuso en su art. 987 un precepto análogo al que nos ocupa, si bien en su último apartado proponia una regla igual en su esencia á la que se prescribe en el artículo siguiente de este Código (1264), y el Proyecto de 1882, en su art. 1276, propuso también preceptos análogos al que ahora nos ocupa, aun que en el tercer número, en lugar de consignar á las mujeres casadas en los casos expresados por la ley, incluia á los hijos sometidos á la patria potestad y á las personas sujetas á la tutela sin el concurso del padre ó tutor.

Concuerda, ó mejor dicho, vemos ciertas analogías en los arts. 1124 del Código de Francia, 1106 del de Italia, 1124 del de Bélgica, 1366 del de Holanda, 1417 del de Guatemala, 1964 del de Veracruz-Llave, 1240 al 1242 del del Uruguay, 1447 del de Chile, 865 del de Austria, del 10 al 20, tit. 1.º, parte 1.ª del de Prusia, 1130 del de Bolivia, 1775 del de la Luisiana, 824 del de Vaud, 1211 del Sardo, y 1078 del de Nápoles; siendo todos dignos de estudiarse, como las sentencias de 30 Septiembre de 1889 y de 30 Marzo del mismo año, que omitimos consignar aquí, porque especialmente esta última es demasiada extensa.

Art. 1264. La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta á las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece.

Es de tan buen sentido el precepto que acabamos de consignar, que no necesita comentario, puesto que no puede caber la menor duda de que la incapacidad declarada anteriormente, está sujeta á las modificaciones que la ley determina, toda vez que preceptos hay en que se considera con capacidad para prestar su consentimiento tanto á la mujer casada que se encuentra en determinadas situaciones, como á los menores no emancipados á quienes se les concedió una autorización especial para contratar, según hemos dejado indicado anteriormente; y esto ha de entenderse siempre sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma ley establece.

Según hemos indicado ya anteriormente, este artículo es igual á la última parte del art. 987 del Proyecto de Código de 1851, teniendo alguna analogía con el art. 1277 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1365 del Código de Veracruz-Llave, con el que es

Digitized by Google

igual hasta en su redacción; 1242 del del Uruguay, 1125 del de Francia. 1107 del de Italia, 1125 del de Bélgica, 1367 del de Holanda, y otros; si bien en estos cinco últimos Códigos, más se ven analogías que concordancias.

Art. 1265. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación ó dolo.

Después de lo anteriormente expuesto, no puede menos de sostenerse por sí mismo el precepto que entraña el artículo que acaba de consignarse, porque si para que haya consentimiento se hace indispensable la confluencia espontánea de dos voluntades libres, no puede menos de ser nulo todo consentimiento prestado por error, violencia, intimidación ó dolo. Mejor dicho, el error, el dolo, la violencia y la intimidación, son la antítesis del consentimiento: donde se vean esas aberraciones del espíritu, donde coacciones de la volición existan, no puede haber consentimiento, porque aquellas irregularidades contrasociales y contralegales, y el verdadero consentimiento son incompatibles: no puede admitirse su coexistencia, y donde aquellos elementos perturbadores del orden social se mantengan, no puede tener vida el consentimiento.

Nihil consensui tam contrarium est quam vis et metus. Non videtur qui errant consentire; principios inconcusos son los sostenidos en la regla 116 de la de Derecho, que tiene su corroboración en las disposiciones de la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 4.º, del Digesto. Y luego este mismo Digesto en su ley 1.ª; tít. 3.º, lib. 4.º, viene á complementar los precedentes de los preceptos del art. 1265 que de nuestro Código comentamos, puesto que se ocupa del dolo en la siguiente forma: *Ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.* O como dicen las leyes 28.ª, tít. 11; 49.ª, tít. 14, Part. 5.ª; y 7.ª, tít. 33, Part. 7.ª, *por miedo, ó por fuerza, ó por engaño, prometiendo un ome á otro, magüer so cierta pena é jurando, non est tenudo de cumplir.* Ocupándose del error, que aquellas leyes omitieron, la ley 21.ª, tít. 5.º, Part. 5.ª; y los Códigos de la Luisiana y de Prusia, trataron de esto mismo con mas ó menos exageración, conceptuando el primero que cualquier trastorno de la inteligencia, por momentáneo que sea, producido por enfermedad, accidente ú otra cualquier causa, da lugar á la incapacidad mientras dura tal estado de cosas, cuando tal alteración resulta evidente; mientras que el segundo, llevando á la exageración tal teoría, expresa que las personas privadas momentáneamente del uso de sus sentidos por la embriaguez, estupor, miedo, cólera ú otras pasiones violentas, son incapaces de dar su consentimiento.

Y ¿qué es lo que nos dicen los Códigos de Francia, Bélgica, Italia y Holanda? Pues nos dicen sencillamente, especialmente los dos primeros, que no habrá consentimiento válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia ó por sorpresa ó engaño.

Digitized by Google

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 988, y el de 1882 en su art. 1278 propusieron preceptos análogos, y concuerda con los arts. 1109 del Código de Francia, 1108 del de Italia, 1109 del de Bélgica, 1357 del de Holanda, 656 del de Portugal. 1157 en su relación con los 924 al 927, 935, 936 y 941 del de la República Argentina; 1868 del de Veracruz-Llave, 1106 del de Bolivia, 1788 y 1803 del de la Luisiana, 28 y 29, tit. 4.°, parte 1.ª del de Prusia, 810 del de Vaud, 1451 del de Chile, 1196 del Sardo, 1414 del de Guatemala, 1230 del del Uruguay, 1063 del de Nápoles, 869 del de Austria, 1508 del de Colombia, 18, 21 y 26 del de Suiza, 1413, 1414 y 1415 del de México, 1296 al 1298 del de la Baja California y 1413 al 1415 de Campeche.

Art. 1266. Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fué objeto del contrato, ó sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo á celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración á ella hubiere sido la causa principal del último.

El simple error de cuenta sólo dará lugar á su corrección.

Después de tratar en el artículo anterior de las circunstancias que vician el consentimiento, ó mejor dicho de cuanto se oponga á la subsistencia de éste, viene el artículo que nos ocupa á tratar de que clase de error es el que realmente vicia y anula dicho consentimiento ó se opone á su existencia. Y la necesidad de fijar estos conceptos, nace de que el error para que vicie el consentimiento es indispensable que recaiga sobre lo sustancial del contrato y sobre la cosa y causa objeto del mismo, pues si el error se refiriese sólo á la persona con quien se contrata, no podría invalidar el contrato sino cuando la causa principal del mismo hubiera sido precisamente la consideración á aquella persona con quien se creyó contratar, pues en tal caso ya el error afectaba á la sustanciabilidad del mismo contrato en relación con uno de los sujetos del derecho cuyas condiciones especiales inducían á verificar el contrato; pues si efectivamente uno arrienda, vende ó verifica cualquier convención con una persona que suponía ser un banquero, un gerente de una sociedad ú otra en cuyas condiciones especiales fiaba el más exacto cumplimiento del contrato, desde el momento en que se descubra que realmente la persona con quien se contrató no es la que se supuso, la nulidad se impone, y no puede menos de declararse por cualquier Tribunal.

En cambio el simple error de cuenta, según acertadamente prescribe nuestro Código, solo puede dar lugar á su corrección, primero porque no es sustancial, y en segundo lugar porque es subsanable facilmente sin ningún perjuicio de ninguna de las personas que concurrieron como partes al otorgamiento del contrato.

Digitized by Google

Nada hemos de decir respecto de que el error ha de ser de hecho, pues el error de derecho no escusa ni aprovecha, porque según la ley 1.ª, tít. 6.º, libro 22 del Digesto, á nadie es permitido ignorarle. Sin embargo, respecto de lo pagado indebidamente, se han suscitado grandes controversias, especialmente en Francia, acerca de si los pagos indebidos hechos por error de hecho y de derecho podian anularse, y el Tribunal de Casación decidió algunos pleitos en sentido afirmativo, si bien también se encuentran algunas sentencias de aquel Tribunal de las que se deduce lo contrario.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, tít. 18, lib. 1.º del Código romano; 1.ª, en su párrafo 2.º, tít. 6.º, lib. 22 del Digesto; 20, tít. 1.º, Part. 1.ª, y 31.ª, tít. 14, Part. 5.ª.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 989, y el de 1882 en el 1279, proponian preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1110 del Código de Francia, en el que solo se conceptúa causa de nulidad de la convención, el error, cuando éste recae sobre la sustancia misma de la cosa objeto del contrato, como sucede con el art. 1110 del Código de Bélgica, y con el 1110 del de Italia; estando conformes con dichos tres Códigos lo que el nuestro preceptúa acerca del error sobre la persona, como lo está también en sus tres extremos con el 1568 del Código de Veracruz-Llave, con el 1358 del de Holanda, con el 1408 del de Guatemala, con el 1232 del del Uruguay, si bien éste divide en tres números los casos de nulidad del contrato por error, tratando en el primero, de cuando recae éste sobre la especie de contrato que se celebra, como si una de las partes entendiere empréstito, y la otra donación; tratando en el segundo del error que afecta á la identidad de la cosa especifica de que se trata, como si en la venta el acreedor entendiese vender cierta cosa y el comprador entendiere que compra otra; y dedicándose en el tercero al error en la sustancia ó calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, como si alguna de las partes supusiere que el objeto de la convención es una barra de plata y realmente fuese una barra de algún otro metal parecido.

Se ven también concordancias en los arts. 871 al 873 del Código de Austria, en el 25 del de Baviera, en el 811 del de Vaud, en los 75 al 83, tít. 4.º, parte 1.ª del de Prusia, en el 1197 del Sardo, en el 1064 del de Nápoles, 1453 al 1455 del de Chile, 925 y 926 del de la República Argentina, 660 al 663 y 665 del de Portugal, 1413 del de México, 1296 del de la Baja California, y 1413 del de Campeche; viéndose en todos estos Códigos una marcadísima tendencia á la nulidad por error en la sustanciabilidad del contrato de la causa del mismo, de la cosa sobre que recae el contrato y aún de la persona, cuando por razón de la misma ó de sus condiciones especiales se efectuó el contrato. Pero vemos en algunos Códigos preceptos relativos al error de derecho, de los que se deduce claramente, que no puede conceptuarse como absoluto el principio de que el error de derecho no daña á los contratos, pues hay ocasiones en que no puede me-

Digitized by Google

nos de anularlos, y así aparece consignado en el art. 1109 del Código de Italia, en el que se preceptúa que el error de derecho producirá la nulidad del contrato solo cuando el mismo sea la causa única ó principal de la convención, en lo cual está perfectamente de acuerdo el art. 659 del Código de Portugal, aunque bajo distinta redacción. Y esto lo vemos hasta en Códigos como el argentino, en que después de sentar que la ignorancia de las leyes, ó el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos licitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilicitos, viene prescribiendo en el artículo siguiente ó sea en el 924, que el error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo en él contenido, y dicho se está que el conocimiento de la naturaleza del acto jurídico implica conocimiento del derecho, porque éste es el que la determina; y si el error de la naturaleza del acto jurídico anula el contrato, no puede menos de anularlo el error de derecho cuando éste precisamente ha sido la causa de la convención, pues si admitimos como requisitos indispensables en todo contrato el consentimiento de partes capaces, el objeto cierto materia del contrato, y la causa de la obligación, como que ese objeto de derecho y esa causa de obligación pueden ser de hecho y de derecho, en cuanto el derecho constituya causa de contrato y error hubiere en ese derecho, no puede menos de tenerse por nula la obligación bajo tal error constituida, porque de no hacerse así se faltaría á las condiciones esenciales del contrato y se supondría la existencia de una convención sin causa ó con causa falsa que jamás puede originar un contrato. Y esto que en nuestra imaginación bulle hace algún tiempo, sin darnos quizá una explicación satisfactoria del porqué de tal opinión, al estudiar este punto del derecho, lo vemos afortunadamente confirmado, no solo por las deducciones que hacerse pueden de los trabajos publicados por hombres tan eminentes como Savigny, Cuyacio, Vinio y otros sostenedores de la opinión contraria, sino por lo que rotundamente combatiendo á aquellos publicistas, discurren y desarrollan hombres no menos célebres, entre los que se encuentra Bresolles, Rogron y otros.

Art. 1267. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira á uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes, ó en la persona ó bienes de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse á la edad, al sexo y á la condición de la persona.

El temor de desagradar á las personas á quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.

Digitized by Google

Entra nuestro Código á tratar en este artículo que acabamos de consignar, de la violencia é intimidación que separándolas convenientemente las determina de un modo exacto y que no puede dejar duda respecto de lo que en sí significan y de lo que valen en el terreno jurídico: no hemos de entrar por lo tanto para explicar lo que tan bién expuesto está en el terreno en que la ciencia del derecho se funda, para, teniendo en cuenta el valor filosófico, establecer las verdaderas tésis sobre la violencia y la intimidación.

Ante todo, no puede olvidarse que para que el consentimiento sea tal, es preciso que obedezca á la más libre y expontánea voluntad, y sabido es que donde hay fuerza, donde hay violencia, donde hay intimidación, no puede haber libertad de obrar, no puede existir el consentimiento. Ya nuestro Código penal al diferenciar el robo del hurto, al fijar el valor de las palabras contra la voluntad de su dueño que determinan el robo en el apoderamiento de cosa ajena, y sin la voluntad de su dueño, que determinan el hurto en el apoderamiento ó sustracción de cosa que á otro pertenece, viene á decirnos muy técnicamente que el contra la voluntad de su dueño se traduce por fuerza en las cosas ó violencia en las personas; ya en la ley de Partida se trataba de definir y diferenciar la fuerza y el miedo; y en nuestros dos Proyectos de Código se venian proponiendo preceptos análogos al que ahora nos ocupa, que poca explicación necesitan para su perfecto conocimiento.

Violencia definiase en la ley 2.ª, tit. 2.º, lib. 4.º del Digesto, *majoris rei impetus qui repelli non potest*, y pocas consideraciones han de hacerse para comprender que la violencia se debe á una fuerza mayor, cuyo ímpetu no es posible resistir aunque tal fuerza sea meramente moral; y tambien es sabido que el miedo lo definia la ley 1.ª del mismo título y libro del Digesto, *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio;* pero sin repetir aquí las claras definiciones que la ley 15, tit. 2.º, Part. 4.ª consigna, ni lo que en el Fuero Juzgo se leia acerca de la violencia y el miedo, hemos de concretarnos á dejar sentado que existe la violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea esa fuerza irresistible á que se referia la ley citada del Digesto; y que hay intimidación cuando uno obra bajo la impresión de un terror ó miedo irreparable, de un mal mayor racional y fundado, inminente y grave, no baladí, ni liviano; y debe tenerse en cuenta que con arreglo á nuestro Código, esta intimidación ha de inspirarse, no sólo en el temor racional y fundado del inminente y grave mal que uno mismo ha de sufrir en su persona ó en sus bienes, sino en la persona ó bienes de su cónyuge, descendientes ó ascendientes; lo cual da una extensión al precepto que quizá pudiera producir no muy apetecibles resultados.

De todos modos, como para calificar la intimidación queda al prudente arbitrio de los Tribunales atender á la edad, al sexo y á la condición de la persona que la hubiere sufrido, porque no es lo razonable suponer que la misma

Digitized by Google

intimidación pueda producir efectos iguales en un varón fuerte que en una débil mujer, ó en un viejo ó en un joven, en una persona enfermiza y achacosa que en otra sana y robusta, ha de atenderse cuidadosamente á todas las circunstancias de cuantas personas probar pretendan que su consentimiento lo prestaron en virtud de intimidación, y por ello no ha de ser fácil el abuso de supuestas coacciones para invalidar contratos perfectamente ajustados á ley.

Respecto del último extremo del artículo que comentamos, nada hemos de decir, pues si el mero temor reverencial fuese causa bastante para anular contratos, podrian considerarse desde luego no constituidos todos los otorgados entre ascendientes y descendientes y entre personas que se debiesen respeto y sumisión; por ello, pues, está perfectamente en lo cierto nuestro Código al prescribir que el temor de desagradar á las personas á quien se debe respeto y sumisión no anulará el contrato con las mismas celebrado.

Precedentes encontramos en las antes indicadas disposiciones, en el número 184 de *regulis juris*, en otras varias leyes del Digesto, y del Código romano, y en diversas leyes de Partida; proponiéndose preceptos análogos en el art. 990 del Proyecto de 1851 y en el art. 1280 del de 1882.

Concuerda con los arts. 1111 al 1114 del Código de Francia, 1845 al 1847 del de la Luisiana, 1111 al 1114 del de Italia, 1111 al 1114 del de Bélgica, 936 al 940 del de la República Argentina, 809 al 811 del de Vaud, 1456 del de Chile, 1413 del de Guatemala, 1233 al 1235 del del Uruguay, 666 y 667 del de Portugal, 27 del de Suiza, 875 del de Austria, 1513 del de Colombia, 1359 al 1363 del de Holanda, 1415 al 1417 del de México, 1298 al 1300 del de la Baja California, 1369 y 1370 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1268. La violencia ó intimidación anularán la obligación aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.

Es evidente que la violencia ó intimidación han de producir siempre los efectos de anular los contratos ú obligaciones bajo cuya impresión se constituyeren, bien procedan de la parte con quien se contrata, bien de un tercero que no aparezca interviniendo en dichos contratos, porque la razón de nulidad no procede de la persona que ejerza esa violencia ó intimidación, sino de que cohibiéndose por estas causas la voluntad de alguno de los otorgantes que para prestar verdadero consentimiento debe ser expontánea y libre, desde el momento en que falten estos requisitos, deja de existir la verdadera volición, y por lo tanto no hay verdadero consentimiento, de cualquier punto que proceda aquello que cohibe la voluntad; y si bien algunos Códigos como el austriaco en su art. 875, prescriben que sólo se anula el contrato cuando un tercero ha ejercido la violencia ó intimidación con conocimiento ó instigado por una de las

Digitized by Google

partes contratantes, nosotros encontramos más perfectamente lógico lo que prescribe nuestro Código, porque está más en conformidad con la razón natural y porque se aviene mejor con la naturaleza jurídica del contrato y con la verdadera acepción técnica de la palabra consentimiento que es la base fundamental de toda convención. Hay, sin embargo, otros Codigos como el bávaro que en su art. 25 del capítulo 4.°, lib. 1.°, determina un precepto que, no siendo conforme al nuestro, tampoco lo es al que acabamos de citar del Código de Austria, puesto que en el caso que nos ocupa solo concede recurso contra el tercero por quien la violencia ó el miedo fueran suscitados.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 1.°; 9.ª, párrafo 3.°, tit. 2.°, lib. 4.° del Digesto; 34.ª, párrafo 1.°, tit. 5.°, lib. 39 de dicho Digesto; 5.ª, tít. 20, lib. 1.° del Código romano; y leyes 56.ª, tit. 5.°, y 28.ª, tit. 11, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 991, y el de 1882 en su art. 1281, propusieron preceptos análogos, y relación tiene con el art. 510 del Código Penal.

Concuerda con los arts. 1844 del Código de la Luisiana, 1111 del de Francia, 812 del de Vaud, 1108 del de Bolivia, 875 del de Austria, 1111 del de Italia, 1457 del de Chile, 1359 del de Holanda, 666 del de Portugal, 1412 del de Guatemala, 1235 del del Uruguay, 1371 del de Veracruz-Llave, 1111 del de Bélgica, 941 del de la República Argentina, 1198 del Sardo, 1065 del de Nápoles, 1415 del de México, 1298 del de la Baja California y 1415 del de Campeche.

Art. 1269. Hay dolo cuando, con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro á celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

El precepto que acaba de consignarse, sin definir el dolo, determina perfectamente en lo que consiste; y, aunque nosotros no nos detengamos aquí á patencizar más y más que lo que está en la conciencia de todos es que el dolo significa tanto como el artificio de que uno se vale para sorprender ó engañar á otro, basta su simple enunciación para que los encargados de estudiar y aplicar el Código comprendan perfectamente la verdadera acepción jurídica de dicha palabra.

La acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, la constituye todo aserto de lo que es falso, ó simulación de lo verdadero, como cualquier artificio, astucia, maquinación ó engaño que se emplee para dirigir á los contratantes al establecimiento de una relación jurídica por causa realmente falsa, aunque en apariencia cierta, sobre cosa aparentemente real y que verdaderamente no exista, bajo garantías supuestas que se presenten con ostentación de las verdaderas. Y aunque algunos publicistas como el célebre Pothier habían expuesto con gran claridad, que solamente el dolo que dá causa al contrato pue-

Digitized by Google

de producir la rescisión, ó sea el que una de las partes emplea para conducir á la otra á contratar de tal manera que sin ello no hubiera contratado, nosotros creemos que sin recurrir á tales explicaciones basta y sobra que en la causa del contrato, como ya hemos indicado, ó en la cosa objeto del mismo exista el dolo, para que la nulidad de la obligación se imponga; pero es más, débese advertir que así como la nulidad se produce siempre por la violencia y por la intimidación, no puede suponerse en las mismas condiciones la que se deduzca del dolo, por cuanto en éste las partes han consentido libremente si bien bajo una falsa causa, y bajo este concepto parece venir la demostración del dolo á ser una especie de indemnización del perjuicio causado por el que dió lugar á la convención, y supónese siempre cometido por la parte contratante á quien favorece; mientras que la violencia é intimidación implican la falta de libertad al consentir y puede ser producida lo mismo por una de las partes contratantes que por un tercero.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, párrafo 2.°; 7.ª, párrafo 3.°; 9.ª y 18.ª, párrafo 3.° tit. 3.°, lib. 4.°; 5.ª y 6.ª, tit. 1.°, lib. 12; y 2.ª, tit. 14, lib. 50 del Digesto: 57, tít. 5.°, Part. 5.ª; 1.ª, tit. 16, Part. 7.ª, y otra varias disposiciones concordantes del referido Código y Partidas, en las que se ve hasta con ejemplos explicada la acepción de la palabra dolo.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 992, y el de 1882 en el 1222 propusieron preceptos análogos en relación con la citada ley 57.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª, y con la doctrina sentada en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 20 Mayo de 1864, 22 Diciembre de 1866, 28 Octubre de 1867 y algunas mas que prolijo seria enumerar; encontrándose también alguna relación con los artículos 547 al 554 del Código penal.

Vemos concordancias en los arts. 1115 del Código de Italia, 1844 del de la Luisiana, 1116 del de Francia, 817 del de Vaud, 1116 del de Bélgica, 85 del de Prusia, 1070 del de Nápoles, 1364 del de Holanda, 1372 del de Veracruz-Llave, 931 del de la República Argentina, 1458 y 1459 del de Chile, 1203 del Sardo, 1409 al 1411 del de Guatemala, 1236 del del Uruguay, 667 del de Portugal, 1414 del de México, 1297 del de la Baja California y 1414 del de Campeche.

Art. 1270. Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

El dolo incidental solo obliga al que lo empleó á indemnizar daños y perjuicios.

Es de buen sentido que si el dolo no tiene en si cierta gravedad, ó ha sido empleado por ambas partes contratantes, como que las pérdidas que el mismo origine en tales casos, ó son insignificantes, ó se compensan reciprocamente

Digitized by Google

por la falta de verdad que cada uno de los que contratan haya podido llevar á la constitución de la obligación, de aquí el que en tales casos no pueda producir la nulidad del contrato que con tal falta de nobleza y de buena fe se realizó por cuanto si ambas partes se engañaron, no tiene ninguna de ellas derecho de aducir el dolo, ni acción les compete para, demostrado aquél, reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente; así como tampoco ha de producir nulidad lo que no es trascendental por carecer de gravedad.

En cuanto al segundo apartado de este artículo, por la misma razón que acabamos de exponer de que sólo el dolo trascendental produce la nulidad de un contrato, no puede menos de sostenerse que el dolo incidental debe dar lugar solamente á la indemnización de perjuicios, porque, como dice la ley 57, tit. 5.º, Part. 5.ª, si uno que desea vender una heredad sita en lugar distinto del de su domicilio y cuyas condiciones desconoce, es por un comprador incitado á su venta ocultándole alguna de las condiciones de la finca objeto del contrato, la venta en tal caso no debe anularse, sino que, siendo válida, el comprador debe enmendar el engaño abonándole al vendedor lo que valiere aquella parte de la finca que le ocultó.

Los precedentes de este artículo casi son los mismos que los del anterior, viéndose también algunos en las leyes 36, tit. 3.º, lib. 4.º del Digesto; 30, título 4.º; 29, tit. 3.º, libro 2.º; 6.ª, tit. 14, lib. 1.º del Código romano; 34 y 35, tit. 34. Part. 7.ª, y número 154 de *regulis juris*; teniendo cierta relación con los artículos 1106 y 1108 de este mismo Código.

Los Proyectos de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 993 y 1283, propusieron preceptos análogos, viéndose concordancias en los artículos anteriormente citados de los Códigos de Italia, Francia, Holanda, Bélgica y Portugal, en los arts. 932 y 934 del de la República Argentina, 1237 del del Uruguay, tan sólo en lo relativo al último apartado del artículo que de nuestro Código comentamos, consignándose también allí que es dolo incidental el que no fué causa determinante del contrato, al igual que el art. 1373 del de Veracruz-Llave; sin que se vean verdaderas concordancias en los demás Códigos extranjeros, aunque por la relación armónica de sus preceptos se deduzca que, para la existencia del dolo en condiciones de dar origen á la nulidad del acto ó convención en que tuvo lugar, se hace indispensable que haya sido grave, que haya sido causa determinante de la acción, que haya ocasionado un daño importante y que haya habido dolo por ambas partes, ó como dice nuestro Código y han sostenido varios publicistas, entre ellos el célebre Chardon, que el dolo haya sido cometido por una de las partes; pues si se cometiere por un tercero independientemente de éstas, no daría ocasión á la nulidad del contrato.

Respecto del dolo incidental, hemos de insistir en dejar bien sentado que se llama así al que no fué causa eficiente del contrato, y que por esta razón no

Digitized by Google

afecta á la validez del mismo, pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que se hubiere causado.

SECCIÓN SEGUNDA.

DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS.

Art. 1271. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres.

Al dedicarse esta sección al objeto de los contratos empieza por sentar un precepto que comprende tres partes, de tan buen sentido que no puede dar lugar á la menor duda, pues evidente es que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que están dentro del comercio de los hombres, las presentes y las futuras, si bien en cuanto se refiere á la herencia futura solo serán admisibles los contratos relativos á la práctica de la división entre vivos del caudal hereditario con sujeción á las reglas prescritas en el art. 1056 de este mismo Código; es decir, en cuanto no perjudique á las legítimas de los herederos forzosos, y en cuanto por interés de la familia trátese de conservar ¡indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos.

De manera que realmente puede decirse, como proponia el Proyecto de 1851, que acerca de la herencia futura será nulo cualquier pacto, aunque se celebre con el consentimiento de las personas de cuya sucesión se trate, pues realmente la partición entre vivos hecha de la manera que dejamos indicada, no implica pacto ni contrato alguno que indique otra cosa que el adelanto de las operaciones divisorias que después de la muerte del causante hubieran de efectuarse; pues seria inmoral que se admitieran pactos y contratos sobre lo que uno pudiera adquirir por herencia de sus mayores, á quien por los impulsos de la naturaleza ha de querer separarles de la muerte, y cuyos pactos en todo caso nunca versarían más que sobre una simple esperanza; por esto el Código romano en su ley 30, tít. 3.°, lib. 2.°, decia: *hujusmodi pactiones, odiosæ esse videntur, et plenæ tristisime et periculori eventus*, pues realmente son execrables las esperanzas en que se fundan tales contratos, y arrastrar pudiera al crimen, si ese género de convenciones se admitiese, la insólita codicia

Digitized by Google

del hombre que especulá con los dias que les restan de vida á sus progenitores.

Respecto de los servicios es también inconcuso que pueden ser objeto de contrato todos los que no sean contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres, pues nadie puede sobreponerse á las leyes naturales y civiles, ni á aquello que implica moralidad y que tan necesario es para la conservación del orden público y el bienestar de los paises en que más fielmente se observan las disposiciones legales, lo cual ya venia sosteniéndose por Papiniano, y consignado se encuentra tanto en la ley 15, tit. 7.°, lib. 28 del Digesto, como en la ley 6.ª, tit 3.°, lib. 2.° del Código romano, párrafo 23, tit. 20, lib. 3.° de las Instituciones de Justiniano, y leyes 1.ª y 3.ª, tit. 4.°, Part. 6.ª

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 994, y el de 1882 en su art. 1284, proponian preceptos análogos, y en relación está el que al presente de nuestro Código comentamos, con los arts. 4, 816, 1116 y demás concordantes de este mismo Código, puesto que sosteniendo el principio de que nadie puede sobreponerse á las leyes naturales y civiles, sustentado por las disposiciones del Código é instituciones antes citadas, *pacta quæ contra leges, constitutiones que, vel contra bonos mores fiunt, nullant vim habere indubitati juris est*; el art. 4.° de este Código citado sostiene que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordenare su validez; y el art. 816 de este mismo Código, de conformidad con lo ya sostenido en la ley 3.ª, tit. 20, lib. 6.° del Código romano (que declaraba nula la renuncia que una hija, contenta con su dote, hacia de la herencia futura paterna, y ordenaba que sucediera abintestato colacionando la dote, por cuanto, tratándose de la legitima que como de derecho público se conceptuaba por pactos privados, no podia alterarse ni hacerse ilusoria), vino á prescribir que toda renuncia ó transacción sobre la legitima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél, si bien trayendo á colación lo que hubieran recibido por la renuncia ó transacción; lo cual está de acuerdo con la doctrina sentada por las sentencias de 19 Abril de 1863 y 21 Octubre de 1865, evocándose en ellas las leyes 6.ª y 28.ª de Toro, llevadas á la 1.ª y 8.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Y en cuanto á la relación que existe entre el artículo que al presente comentamos y el 1116 del mismo Código ya citado, no hemos de esforzarnos para demostrarla, pues basta leerlo para que se comprenda á primera vista que así como según él, las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas dependa, no pueden ser objeto de contrato todas las cosas que se expresan en el artículo 1271, que al presente comentamos.

Concuerda con los arts. 1116 y 1118 del Código de Italia, 1128 y 1130 del de

Digitized by Google

Francia, cuya doctrina se sostiene en diferentes sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre otras, la de 16 Enero de 1849 y la de 11 Diciembre de 1855; 671 del de Portugal, 1128 y 1130 del de Bélgica, 1124 y 1127 del de Bolivia, 829 y 831 del de Vaud, 58 del de Prusia, 1757 y 1781 del de la Luisiana, 1368 y 1370 del de Holanda, 1374 y 1375 del de Veracruz-Llave, 1243, 1244 y 1246 del del Uruguay, 1418 y 1421 del de Guatemala, 1167, 1168 y 1175 del de la República Argentina; siendo análogos en lo esencial los arts. 1421 al 1423 del Código de México, 1304 al 1306 del de la Baja California y 1421 al 1423 del de Campeche.

Art. 1272. No podrán ser objeto de contrato las cosas ó servicios imposibles.

Nada tenemos que decir acerca de este artículo, porque la claridad de su redacción y la verdad natural filosófica y jurídica que envuelve, es tan de sinderesis, que contra la misma no cabe razonamiento lógico alguno, pues lo natural y metafísicamente imposible no puede ser objeto de derecho, *impossibilium nulla obligatio est* (leyes 31.ª y 185.ª de *regulis juris* ; cuya regla de derecho vino á confirmarse con la ley 21.ª, tit. 11.º, Part. 5.ª; estando conformes los principios sentados en la ley 2.ª, párrafo 2.º *in fin*, y 137.ª, párrafo 4.º, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto, como lo está también la ley 31.ª, tit. 7.º, lib. 44; ley 104.ª, párrafo 1.º, lib. 30 del mismo Digesto; pues todos convienen en que la obligación que recae sobre cosas físicamente imposibles, ó es irrisoria ó es insensata; la que recae sobre cosas imposibles moralmente conduce al borde del delito á los contratantes, y en que la física ó moralmente imposible, no puede ser posible metafísicamente.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 995, y el de 1882 en su art. 1285, propusieron preceptos análogos; y en relación se encuentra el que comentamos con los arts. 1116 y 1118 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1172 del Código de Francia, 1160 del de Italia, 1172 del de Bélgica, 669 del de Portugal, 1376 del de Veracruz-Llave, 1290 del de Holanda, 868 del de Vaud, 1167 del de Bolivia, 1172 del de la República Argentina, 1885 del de la Luisiana, 878 del de Austria, 51 del de Prusia, 8 del de Baviera, 1263 del Sardo, 1125 del de Nápoles, 1245 del del Uruguay, y los anteriormente citados de los Códigos de México, Baja California y Campeche.

Art. 1273. El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto á su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

Digitized by Google

También es de buen sentido el precepto de este artículo, pues no se concibe un objeto de contrato indeterminado, y mucho más si se tiene presente que los contratos han de versar siempre sobre cosas ciertas, por más que sean presentes ó futuras, corpóreas ó incorpóreas; pues donde no hay determinación no cabe certeza; y esto no es nuevo, pues ya en las leyes romanas 74.ª, 75.ª, 94.ª y 115.ª, tit. 1.º, lib. 45 del Digesto, se venía sustentando tal teoría, y principalmente en las dos primeras se determinaba con una concisión admirable todo cuanto entraña en su espíritu el artículo que al presente comentamos, bajo las palabras siguientes: *quid, quale, quatumque est*; mas esta determinación en la cosa que vicia el contrato, ó mejor dicho, que con ella jamás puede tener carácter de validez, pasar puede sin ser obstáculo para la existencia del contrato cuando se limita la cantidad, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre las partes, pues es necesaria la posibilidad de distinguir la cosa, y basta para esto que la misma sea determinada cuando ménos en su especie, y que á consecuencia de la obligacion pueda fijarse su cuota ó cantidad. Así se ve que un inmueble, por lo general no puede ser objeto de la obligación mientras no se sabe su especie, y cuando se trata de cereales ó caldos, hay necesidad de conocerla especie de los mismos, la cantidad que se vende ó se compra, y el precio de la unidad típica del género ó la especie vendida.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 996, como el de 1882 en el 1896, propusieron preceptos análogos, y concuerda con los arts. 1156 del Código de Bolivia, 71 del de Prusia, 1880 del de la Luisiana, 830 del de Vaud, 1170 y 1171 del de la República Argentina, 1420 del de Guatemala, 1244 del del Uruguay, 1369 del de Holanda, 671 del de Portugal, 1377 del de Veracruz-Llave, 1518 del de Colombia, 1129 del de Francia, 1461 del de Chile, 1129 del de Bélgica, 1117 del de Italia, y los citados en los artículos anteriores de los Códigos de México, Campeche y Baja California.

SECCIÓN TERCERA.

DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS.

Art. 1274. En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación ó promesa de una cosa ó servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

Al tratar esta sección tercera de los contratos, empieza el art. 1274 por definir lo que debe entenderse por causa en los onerosos, en los remuneratorios y

Digitized by Google

en los de pura beneficencia; determinando que en los primeros la verdadera causa es la prestación ó promesa de una cosa ó servicio por una de las partes á la otra con quien contrata; que en los contratos remuneratorios es el servicio ó beneficio que se remunera; y consiste simplemente en la liberalidad del bienhechor cuando se trata del contrato de pura beneficencia: y si bien ante el derecho romano la palabra causa tenía diferentes acepciones, denominandose así relativamente á la adquisición del dominio, el título en el que se constituia; y, en las últimas voluntades, entendiase por causa, la razón ó motivo porque se lega, dona ó transfiere alguna cosa, siendo de carácter de los contratos la reciprocidad de derechos y obligaciones; por lo que, según Mainz, la prestación de una de las partes á la otra, es lo que constituye la verdadera causa de la obligación que se impone: así es que en los contratos reales aparece según él como tal causa la entrega de la cosa, en los consensuales el mero consentimiento, en los verbales la ritualidad de las palabras, y la escritura en los literales. Mas el derecho moderno, ante el cual la perfección del contrato se opera por el mero consentimiento, del cual nace la convención, y por consiguiente, reciprocidad de derechos y acciones, se ve la causa de dichos contratos en la voluntad de las partes; y por ello, como hemos dicho antes, la prestación ó promesa de una cosa ó servicio hecho por una parte, es la causa que induce á la otra á realizar el contrato en los onerosos, el servicio ó beneficio que se remunera, aparece hoy como verdadera causa en los contratos remuneratorios, y la pura liberalidad es la verdadera causa, ante el derecho moderno, de los contratos de pura beneficencia, sin que deba confundirse por esto la verdadera causa con los motivos que determinan el contrato, pues estos no afectan á la validez del mismo, á no ser que así se estipule expresamente como una verdadera condición.

Ya dijimos antes lo que el Digesto expresaba debía entenderse por causa, y algunas de las diferentes acepciones de dicha palabra al comentar el art. 1261; pero como el artículo que al presente comentamos habla de esa causa según la clase de contratos á que se refiere, aun que ya dijimos que el contrato es un convenio en virtud del cual una ó varias personas se obligan para con otra ú otras á dar, hacer ó no hacer alguna cosa, siendo como son consensuales todos los contratos según se desprende de la anterior disposición, conviene que indiquemos siquiera someramente algunas de las principales clases de contrato para que pueda entenderse mejor lo que en el artículo que al presente comentamos significa la palabra causa, puesto que en el mismo se le da á ella una acepción distinta según la diferente clase de contratos.

Por esto hemos de exponer que contrato bilateral ó sinalagmático. es aquel en que los contratantes se obligan recíprocamente los unos respecto de los otros; que el unilateral es el en que una ó varias personas se obligan respecto de otra ú otras, sin que por parte de estas últimas se contraiga compromiso al-

Digitized by Google

guno. El conmutativo es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga á dar ó hacer alguna cosa que se considera equivalente á lo que hace ó dá el otro contratante; denominándose aleatorio cuando esa equivalencia consiste en eventualidades de ganancias ó pérdidas para los respectivos contratantes.

El contrato oneroso es el que obliga á los contratantes á dar ó hacer alguna cosa; mientras que el de beneficencia consiste en que una de las partes procure á la otra un beneficio puramente gratuito. Con estos conceptos parece debe comprenderse mejor lo que se ha indicado respecto de lo que se entiende por causa en cada uno de los diferentes contratos de qne se deja hecha mención, es decir el interés recíproco de las partes contratantes.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 996, y el 1287 del Proyecto de 1882 proponían preceptos análogos; y en relación está con los arts. 618, 619, 622, 1088 y 1262 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 1139 del Código de la República Argentina, hasta cierto punto; con el 1467 del de Chile, 1523 del de Colombia, 1379 del de Veracruz-Llave, 1248 del del Uruguay, 1350 del de Holanda; observándose que tanto éste como el de la República Argentina, se refieren á los títulos gratuito y oneroso bajo cuyo concepto se constituyen los contratos, y solo bajo este concepto podían considerarse también como análogos los arts. 1106 del Código de Francia, 1101 del de Italia, 1106 del de Belgica, y aun podrían incluirse en tal nomenclatura los arts. 1538 del Código de México, 1422 del de la Baja California y 1538 del de Campeche, si bien la analogía de éstos es mas remota, puesto que solo se expresa en ellos que el contrato puede consistir en la prestación de hechos, en la prestación de cosas y en unos y otras.

Diversas sentencias tenemos á la vista relativas á la materia que nos ocupa, siendo las mas notables las de 19 Diciembre de 1887 sobre prestación de servicios, 19 Diciembre 1888 y 7 de Enero de 1889, que no transcribimos por su demasiada extensión.

Art. 1275. Los contratos sin causa, ó con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone á las leyes ó á la moral.

Desde el momento en que dejamos sentado que no puede haber contrato sin causa, es evidente que cualquiera convención que sin la misma se trate de sostener no puede producir efecto alguno, mucho más cuando existiendo causa, ésta es ilícita, pues toda causa que se opone á la ley ó á la moral es insostenible y anula los contratos que bajo la misma nacen ó que bajo sus auspicios se desarrollan.

Precedentes encontramos en las leyes 32, párrafo 2.°, tít. 6.°, y 5.ª, tít, 7.°,

Digitized by Google

lib. 12 del Digesto; 35, tít. 14, Part 5.ª, en las que, confundiendo la causa ilícita con la causa falsa, se prescribía algo sobre esta materia, como lo confundía el Proyecto de Código de 1851 en su art. 998, siendo así que son cosas enteramente distintas aunque ambas produzcan la nulidad del contrato; porque la causa falsa, realmente no es verdadera causa, porque siendo errónea y fundándose por ello en un error el consentimiento, no sólo trae consigo la nulidad del contrato, sino que queda éste sin verdadera causa, pues si uno vende una casa que creía existente y cuya casa realmente no existe, la obligación será nula, porque no hay causa desde el momento en que resulta falsa su existencia, mientras que una causa ilícita, existiendo siempre, como es contraria á las leyes y á las buenas costumbres, debe conceptuarse sin fuerza ni valor y anula el contrato, no por su falta de existencia, sino porque con arreglo á la ley no puede prevalecer, como no prevalece nada de cuanto en derecho nace bajo causa torpe ó injusta.

Análogos preceptos encontramos en el art. 998 del Proyecto de Código de 1851, aunque con la confusión antes indicada, y en el art. 1288 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1131 y 1133 del Código de Francia, 1122 del de Italia, 1131 y 1133 del de Bélgica, 1128 del de Bolivia, 1887 y 1893 del de la Luisiana, 1380 del de Veracruz-Llave, 832 y 834 del de Vaud, 1467 del de Chile, 1371 y 1373 del de Holanda, 1422 y 1424 del de Guatemala, 1249 del del Uruguay, 1206 al 1208 del de la República Argentina, 1421 y núm. 4 del 1423 del de México, 1280 del de la Baja California, 1431 y núm. 4 del 1423 del de Campeche, y otros.

Art. 1276. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar á la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

Es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse.

La expresión de una causa falsa no puede menos de dar lugar á la nulidad de los mismos, á no ser que se pruebe que están fundados en otras verdaderas y lícitas, porque si es la falsa causa la en que se apoyan, como ésta equivale á la carencia de causa, y no puede haber contrato sin causa, de aquí el que la nulidad del constituido en tal manera se imponga; pero si hubiere otra verdadera y lícita causa, entonces el contrato prevalecerá.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 999, y el art. 1289 del de 1882, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1250 del del Uruguay, 1422 del de Guatemala, 1891 del de la Luisiana, núm. 4 del art. 671 del de Portugal, 1371 y 1372 del de Holanda, y otros; hallándose en relación con los arts. 381 y demás concordantes del Código de Comercio.

Casi los mismos principios sustentábanse en las resoluciones de 31 de

Digitized by Google

Diciembre de 1865 y la de 26 Mayo de 1866, que declararon nulos los contratos celebrados bajo falsa causa, simulados, etc., etc.

Art. 1277. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

No hay necesidad de expresar la causa en el contrato para que dicha causa se presuma existente y licita, mientras no se pruebe lo contrario; pues nunca puede presumirse que una obligación carezca de causa porque no se haya expresado, porque la persona que reconoce en un vale, pagaré, ó cualquier otro documento que debe á otra una cantidad, este mismo reconocimiento implica la existencia de una causa legítima de la deuda, aunque en el vale no se exprese.

Y esto es una consecuencia lógica de la tan célebre como conocida ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, de cualquier manera que parezca que el hombre quiera obligarse, queda obligado. Ya no cabe la necesidad de expresar la causa de deber para la eficacia de la obligación que imponian la ley 25, párrafo 4.º, tit. 3.º, libro 22 del Digesto, y la ley 7.ª, tit. 13, Partida 6.ª Ya no caben las diferentes versiones sostenidas por notables juristas (véanse los Instituciones prácticas del Conde la Cañada, parte 1.ª, cap. 3.º, núm. 11, y Febrero núm. 213 del Juicio ejecutivo; Gutierrez y otros); pues hoy, con el precepto que comentamos, su consignación es innecesaria, la causa del deber se presume por la ley, salvo prueba cumplida en contrario hecha por el obligado; siendo inútil en lo sucesivo las antiguas leyes romanas y patrias, y las discusiones sostenidas por los publicistas sobre la peligrosa excepción *non numeratæ pecuniæ*, desatendida por completo en la práctica.

Basta el reconocimiento de la deuda, como dice el Código francés y sostienen varias sentencias del Tribunal de Casación de aquel pais, como la de 29 de Mayo de 1851: basta que reconozca deber el obligado para que la causa exista y se dé por supuesta. De otro modo, los malos pagadores, los que viven de la estafa y del ágio, pondrian cada dia, caso de que á los acreedores legítimos tocase probar una causa que las leyes justas deben presumir, pondrian, repetimos, en el duro trance de perder sus capitales ó acudir á medios reprobados por las leyes para efectuar una probanza que no les corresponde; pues es inconcuso que nadie reconoce una deuda sin causa de obligar; que al acreedor le basta el título en que se justifique esa deuda, le es más que suficiente el reconocimiento de la deuda: la ley debe presumir y presume que no hay efecto sin causa, y por ello nuestro Código Civil, escrito en la mayor parte de sus preceptos con una filosofia, una prudencia y un criterio admirables, sienta en el art. 1277 que comentamos, lo que no podia menos de sentar, lo que se ve escrito

Digitized by Google

en todos los Códigos de los pueblos más civilizados, que aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Con esto, aquella funesta ley de Partida (la 9.ª, tit. 1.º, Part. 5.ª), ha desaparecido, como quedarán cortados los escandalosos abusos que á su sombra se cometían, pretendiendo que en las obligaciones literales, especialmente el acreedor justificase su causa; con esto ha desaparecido de la caótica rutina curialesca, aquella fraudulenta excepción, *non numeratæ pecuniæ*, por la que se sostenía que no era bastante que la obligación existiese, que no era suficiente que el deudor hubiere entregado al acreedor el título ó documento del cual aparece obligado, si el deudor oponía tan antiequitativa é injusta excepción en el término de dos años desde la fecha del documento. Disposiciones tan absurdas, que solo servían para encubrir bajo una acción civil verdaderas estafas, han caído por tierra ante los preceptos justos y claros de nuestro Código, que huye de las sombras y formularismos, que esquiva toda clase de subterfugios, y sin separarse del derecho natural, se apoya siempre en lo razonable y en la equidad. Las leyes que se dictaron contra la natural ley que el hombre tiene siempre en su apoyo; las leyes que conformes no están con la conciencia universal; las leyes que viven del oscurantismo, y solo por distingos artificiosos se desarrollan, quedan en el olvido por las gentes honradas, si el brillante explendor de la razón y la verdad no las destierra á las tenebrosas sombras de donde nacieron; porque todo lo que en la sombra y en el negro crespón del misterio nace, si allí mezquinamente se desarrolla, en las tinieblas de su propio abismo muere.

Y tal fué, en la materia de que tratamos, la inmoralidad que de aquella negra excepción nacía, que el mismo Tribunal Supremo, adelantándose al legislador trató de lavarla para purificar la contratación y desechándola de los asuntos mercantiles, ya que, mientras no se diese una ley civil como la que hoy rige en contra de la combatida ley de Partida que hemos citado, no le fuese dable apartar en su totalidad tan rastrero artificio del noble palenque judicial.

No hemos de citar como precedentes del artículo que de nuestro Código comentamos al presente, las leyes 7.ª, tit. 13, Part. 6.ª, y el párrafo 4.º del tit. 3.º, lib. 22 del Digesto, porque precisamente, de estas disposiciones se deduce lo contrario de lo que nuestro Código prescribe; su origen, ya que no sus verdaderos precedentes, pueden verse en la ley celebre de Ordenamiento de Alcalá, llevada á la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación; y preceptos análogos propuso tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1000, como el 1290 del Proyecto de 1882.

Vemos concordantes en los arts. 1132 del Código de Francia, 1120 del de Italia, 1132 del de Bélgica, 1372 del de Holanda, 1223 del Sardo, 1892 del de la Luisiana, 833 del de Vaud, 1086 del de Nápoles, 1251 del del Uruguay, 1423 del

Digitized by Google

de Guatemala, casi iguales al nuestro; 1467 del de Chile, 1524 del de Colombia, y otros varios.

CAPITULO III.

De la eficacia de los contratos.

Art. 1278. Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

Varias veces hemos indicado que la eficacia de los contratos depende del consentimiento, y asi se ha venido sosteniendo desde que se dió la ley 1.ª, título 16 del Ordenamiento de Alcalá, corroborada luego por la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y esto es indiscutible, por cuanto sin esa confluencia de dos voluntades acerca de la creación de una relación jurídica, no podría existir convención alguna, ni mucho menos contrato; por ello es perfectamente procedente el precepto del art. 1278, que encabeza este capítulo, en el que se determina que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran en los mismos las esenciales condiciones para su validez, lo cual expresa con mucha mas claridad que las leyes de Partida y las romanas, cuanto debe comprenderse bajo la acepción de la palabra eficacia de los contratos; con cuya tésis está conforme la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias en las que realmente se ha sostenido con el mayor acierto el principio introducido por la ley del Ordenamiento, anteriormente citada, de que: «de cualquiera manera que aparezca que uno quiso obligarse queda obligado.»

Pero no es esto solo, sino que ya en las bases dictadas para la redacción de este Código, y autorizadas por la ley de 11 Mayo de 1888, se venia determinando que continuarian sometidos los contratos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas: y lo mismo los arts. 50 y 51 del Código de Comercio, que los arts. 1305 y 1306 del Código que comentamos, tienen alguna relación con el que al presente nos ocupa, y muy principalmente está relacionado con el art. 1261 del propio Código, pues, fijándose allí que, los requisitos esenciales del contrato son el consentimiento de los contratantes capaces, debe entenderse que ese consentimiento versa ó recae sobre el objeto cierto, materia del contrato, y acerca de la causa expresa ó presunta de la obligación que se establezca, puesto que no puede caber duda de que, el precepto del art. 1278 de que ahora tra-

Digitized by Google

tamos, se refiere especialmente al consentimiento y á los demás elementos que prescribe el art. 1261, en relación con el art. 1277.

Concuerda con los arts. 1406 del Código de Guatemala, 1222 del del Uruguay, 866 del de Portugal, 1374 en relación con el 1356 del Código de Holanda; sin que haya más que alguna analogía en los arts. 1182 del Código de la República Argentina, 1439 del de México, 1383 del de Veracruz-Llave, 1323 del de la Baja California y 1439 del de Campeche; viéndose sostenidos los principios que contiene el artículo que comentamos en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 11 Octubre de 1888, reconociendo la validez de las obligaciones de cualquier modo que se contraigan; la de 5 Marzo de 1889 relativa á la infracción de la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación y al artículo 476 de la ley de Enjuiciamiento civil; 9 Enero de 1888 relativa á otra sentencia que decidió el pleito contra lo convenido y sin ajustarse á lo alegado y probado; 30 Diciembre del 87, sobre eficacia de un contrato celebrado á consecuencia de una ejecutoria y en cumplimiento de la misma; 6 Abril de 1888, sobre la eficacia de la confirmación, modificación y aclaración de un contrato otorgado por medio de escritura pública, y cuyas modificaciones solo fueron consignadas en documento privado; 27 Noviembre de 1888, declarando que la libre contratación sin formas solemnes presupone la existencia de actos obligatorios y la eficacia de contratos que los Tribunales deben apreciar, y la de 19 Enero de 1889, sobre obligaciones constituidas por confesión hecha en declaración expuesta en la participación de bienes de una testamentaría sancionando tal convención.

Art. 1279. Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura ú otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente á llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Nada nuevo previene este precepto, pues sabido es que en los contratos literales desde el momento en que se perfeccionan, y este perfeccionamiento viene por el consentimiento, ambos contrayentes tienen la obligación de consignar su otorgamiento en escritura pública ó en la forma especial que afecte á dicho contrato para hacer efectivas sus obligaciones, y por ello el uno puede compeler al otro al otorgamiento de la escritura correspondiente ó á dar al contrato la forma que se hubiere estipulado llenando los requisitos indispensables para su validez.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1001, ya propuso preceptos análogos, y en el Proyecto de 1882 se ve un precepto idéntico al que nos ocupa en su art. 1292.

Digitized by Google

Si detalladamente se mira la razón de ser de ciertas solemnidades en los contratos y la designación de casos en que esto sea necesario, nos convenceremos de que es mas bien de derecho público que de derecho privado fijar las formalidades extrinsecas, por decirlo así, puesto que la tranquilidad pública gana en gran manera con prevenir pleitos y asegurar ciertos intereses de suma importancia.

El Código de Prusia, en su art. 111, tit. 4.°, parte. 1.ª, aplica á los contratos la regla general consignada en nuestro Proyecto de Código de 1851, de que la fórmula de un contrato debe ser conforme á las leyes del lugar de su redacción; concordando el art. 1413 del Código Sardo y el 1183 del Código de la República Argentina con el que al presente comentamos.

Art. 1280. Deberán constar en documento público:

1.° Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.° Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis ó más años, siempre que deban perjudicar á tercero.

3.° Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas.

4.° La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios ó de los de la sociedad conyugal.

5.° El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública, ó haya de perjudicar á tercero.

6.° La cesión de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas.

En este artículo que acaba de consignarse, viene nuestro Código preceptuando los casos en que los contratos deben hacerse constar en documento público, siendo innecesario, hasta cierto punto, el comentario del mismo, por cuanto son claros todos sus apartados y se ve la racional necesidad de la existencia de las reglas en cada uno de ellos contenidas.

Digitized by Google

Modificando algún tanto el art. 2.º de nuestra ley hipotecaria peninsular de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, modificando también el art. 1.º del Reglamento para la ejecución de esta ley, aunque teniendo en cuenta los preceptos de unas y otras disposiciones y los de la instrucción sobre el modo de redactar instrumentos públicos sujetos á Registro, y separándose algo de lo propuesto en el art. 1003 del Proyecto de Código de 1851, ha venido nuestro Código civil á sentar en los seis números que este artículo contiene, de una manera tan clara y terminante los contratos que están sujetos á hacer constar en documento público que de buena fé no pueden suscitarse dudas sobre el mismo, pues ni los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, ni la cesión de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado ya en escritura pública, era fácil que pudieran producir sus efectos si en escritura pública dejaran de consignarse, pues ya digimos en diferentes ocasiones que es racional y lógico que la cesión de ciertos derechos y acciones se haga ostensible en la misma forma que se constituyeron ó se adquirieron, y como los derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal se consignan generalmente en escritura pública, justo y razonable es también que la cesión, repudiación ó renuncia de los mismos venga á efectuarse en idéntica forma.

En cuanto á los arrendamientos de bienes inmuebles por tiempo que esceda de seis años, si bien en muchos casos no será necesaria su consignación en escritura pública, es de suma utilidad para fijar en él bien sus condiciones, y hasta indispensable se hace si de su contrata nace ó puede nacer un perjuicio para tercera persona,

Relativamente á las capitulaciones matrimoniales y á la constitución ó aumento de dote, dicho se está que pueden hacerse sin consignarlos en documento público, pero dada la importancia de tales actos y teniendo en cuenta que sobre ellas se cimenta las mas veces la creación y porvenir de una nueva familia, conviene se haga constar en documento público y asi debe hacerse si se intenta hacerlas valer contra terceras personas, como es lo natural.

Y en cuanto á los poderes á que se refiere el número quinto del artículo que nos ocupa, imposible sería produjesen todos sus efectos si no se consignasen en escritura pública, no sólo por las funciones propias del apoderado, sino porque es la forma mas solemne de hacer constar la representación del poderdante y por los perjuicios que esa misma representación y los actos que el poder implica pueden causar á terceras personas.

De manera que, expuesta ya la razón de ser de todos y cada uno de los casos en que los actos y contratos realizados en la vida social y jurídica deben hacerse constar en documento público, sólo nos resta recomendar su cumplimiento, no porque los creamos indispensables esencialmente para su validéz, pues nunca ha sido esencial la forma extrínseca de la cosa, sino porque siendo

Digitized by Google

válidos en si, su eficacia puede correr peligro, sobre todo cuando no existe buena fé entre los contratantes, y su constitución puede ser inutil por no disponer de medios de demostración cumplida, y por eso encontramos muy razonables, no sólo los preceptos que entrañan los números antes expuestos, sino que lo es tambien de verdadero interés el último apartado del expresado artículo, en el que se previene que deberán hacerse constar por escrito los demás contratos en que la cuantia de las prestaciones exceda de 1500 pesetas, lo mismo en los unilaterales que en los bilaterales.

En relación está todo lo expuesto con lo prevenido en los arts. 179, 316, 633, 1008, 1321, 1324, 1344, 1628 y 1667, así como en la ley de 14 Marzo de 1856 sobre el contrato de mútuo; con los arts. 2.° al 5.° de la ley hipotecaria antes citada, y con los arts. 1.° al 9.° del Reglamento para su ejecución.

El Proyecto de Código de 1851 propuso algunos preceptos análogos. aunque con alguna mayor extensión en su art. 1003, puesto que extendió los casos en el mismo comprendidos al número de trece, y el art. 1293 del Proyecto de 1882 propuso idénticos preceptos á los que prescribe el artículo que nos ocupa.

En los Códigos extranjeros se ven algunas concordancias, pero no en las condiciones consignadas en nuestro Código, pues aun cuando el de Veracruz-Llave, en su art. 1386, consigna trece casos idénticos á los que propuso nuestro primer proyecto, y el art. 1184 del Código de la República Argentina, prescribe que deben ser hechos en escritura pública bajo pena de nulidad, con excepción de los que fueren celebrados en subasta pública, los actos y contratos comprendidos en los once casos que el mismo artículo determina, no podemos considerar que su concordancia sea en tal manera que convengan cuando menos, sino en su redacción, en su espíritu ó sustanciabilidad; pues si bien con el número primero de los consignados en nuestro artículo 1280, vemos conformidad en el número primero del art. 1184 del argentino, en el art. 1402 del Código de Guatemala y en el núm. 1.° del artículo citado de Veracruz-Llave, como dicho número tiene sus precedentes en la ley 114.° tit. 18. Part. 3 ª, y en relación está con el art. 2.° de la ley hipotecaria, el 1.° del Reglamento para su ejecución, 1217, 1226, 1556 y 1875 de este mismo Código, los demás números que el mismo artículo que nos ocupa contiene, son más ó menos semejantes á los comprendidos en algunos Códigos extranjeros; pero no pueden detallarse aquí sus concordancias, porque recayendo sólo en alguna parte de los mencionados proyectos, su exposición vendria á confundir el concepto claro y terminante que los preceptos de nuestro Código contienen.

Digitized by Google

CAPITULO IV.

De la interpretación de los contratos.

Art. 1281. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias á la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Dos preceptos contiene el artículo que acaba de consignarse, que á primera vista parecen antagónicos, pero que mirados detenidaménte son uno complemento del otro.

Nada tiene de particular que cuando la letra del contrato, como la letra de la ley, están conformes con la intención de los contratantes y la intención del legislador, se esté al espíritu y á la letra del contrato y de la ley. Es más, si las cláusulas de un contrato fueran tan claras, precisas y terminantes que se hiciera común é indiscutible su inteligencia, evidente es que no habria necesidad de interpretar el contrato, como no tendríamos tampoco necesidad de interpretar y comentar las leyes; pero como desgraciadamente no siempre se ve la relación armónica que debe haber entre la redacción de un escrito y el fondo del mismo, entre las palabras de un contrato y la intención de los contratantes, de aquí el que se haga indispensable la necesidad de la interpretación de los contratos; y por ello, aún cuando las reglas de hermenéutica jurídica deben dejar cierta laxitud al criterio de los Tribunales, porque nadie mejor que ellos ha de saber interpretarlos después de la controversia judicial, de la explicación de las palabras del título en que se consignó el contrato y de la expresión unas veces y de la traducción otras de la voluntad de los contratantes, nuestro Código, con muy buen acierto, viene á sentar ciertas reglas de interpretación, y comienza á explanarlas en su art. 1281 con la exposición de un principio general de tan aceptable aplicación, que no puede menos de satisfacer á los más exigentes, puesto que determina en primer lugar que, si las palabras son claras y no dejan lugar á duda de la intención de los contratantes, se esté al sentido literal de las cláusulas del contrato; pero si por el contrario los términos del contrato pareciesen opuestos á la intención evidente de los contratantes, debe prevalecer la intención á las palabras ó términos que se consignaren.

De manera que resueltamente este artículo llama la atención de los Tribunales para que en la interpretación de los contratos acepten en primer término el sentido literal de las palabras, y que cuando por omisión de ciertas cláusu-

Digitized by Google

las ó por hallarse en oposición unas con otras ofreciera alguna dificultad su inteligencia, acudiendo á las reglas de interpretación legal ó lógica se esté á lo que de la misma interpretación se deduzca fué la voluntad de los contratantes.

Sentencias del Tribunal Supremo hay varias relativas á esta materia, entre las que se encuentran la de 18 Setiembre de 1863, 11 Abril de 1865, 15 Enero de 1866, 15 Octubre de 1866, 16 Noviembre de 1870, 9 Noviembre de 1887, 24 Noviembre de 1887 y 12 Febrero de 1889, de todas las cuales se deduce que los contratos deben entenderse, no sólo con arreglo á la acepción rigurosa y gramatical de las palabras consignadas en los mismos, sino con relación á su espíritu, á la intención y objeto que se vea ó deduzca tuvieron las partes.

Concordancias vemos en los arts. 1156 y 1157 del Código de Francia, 1131 y 1132 del de Italia, 1156 y 1157 del de Bélgica, en cuyos tres anteriores Códigos se prefiere indagar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes al sentido literal de la redacción, si ésta no estuviera en conformidad con aquélla ó no se presentase todo lo clara que fuera de desear.

Tambien concuerda con los arts. 1378 y 1379 del Código de Holanda, 1258 y 1259 del del Uruguay, párrafo 1.° del art. 1402 del de Veracruz-Llave, 1618 y 1621 del de Colombia, 1560 y 1563 del de Chile: y tiene alguna analogía con los artículos 1440 del Código de México, 672 del de Portugal, 2324 del de la Baja California y 1440 del de Campeche.

Art. 1282. Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente á los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

Es evidente que para interpretar un contrato ha de atenderse á algo, y este algo ha de consistir precisamente en los actos inmediatos, posteriores y coetáneos de los mismos otorgantes con relación á lo convenido, pues de ellos se ha de deducir si la intención que tuvieron al constituir aquella relación jurídica establecida por el contrato quisieron dar á sus efectos una extensión mayor ó menor que la que aparece consignada en el título constitutivo de dicho contrato.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, tit. 1.° lib. 18 del Digesto; 7.ª, tit. 10, lib. 83 del mismo Digesto; 1.ª, tit. 22, lib. 4.° del Código romano; 219, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1019, número 1.°, propuso un precepto análogo, así como el art. 1291 del Proyecto de 1882; y se ven concordancias en los arts. 1662 del Código del Uruguay, y núm. 1.° del 1402 del de Veracruz-Llave; observándose que á pesar de las manifestaciones que por algunos publicistas se hacen suponiendo tener concordancia el artículo que de nues-

Digitized by Google

tro Código nos ocupa con diferentes Códigos europeos y americanos, nosotros no hemos sabido ver tales concordancias en los muchos Códigos extranjeros de que disponemos y que tenemos á la vista, pues solamente en los que como concordantes citamos es en los que se lee que los hechos de los contrayentes posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato: y esto lo podemos asegurar por cuanto está clara y terminantemente expuesto en el art. 1262 citado del Código del Uruguay; y, el de Veracruz-Llave, no solo se refiere á los actos posteriores sino á todos aquellos de que se pueda deducir la verdadera voluntad de los contrayentes; mientras que los Códigos de Francia (1156 al 1164), Bélgica (1156 al 1164), Italia (1131 al 1139) y Holanda (1378 al 1387), que son los que con más extensión tratan de la interpretación de los contratos en secciones separadas, no tienen un artículo igual ó parecido al que de nuestro Código comentamos, como no lo tienen tampoco el de Portugal en su capítulo 6.° que tratade la interpretación de los contratos (art. 684 y 685), el de México en su capítulo 7.° (1440 y 1441), que trata de la misma interpretación; el de la Baja California en su cap. 7.°, que bajo el epígrafe de la interpretación de los contratos contiene dos solos artículos, el 1324 y el 1325 muy parecidos al anterior, ni el de Campeche que es idéntico al de México.

Art. 1283. Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.

Poco ha de exponerse comentando este artículo para que se comprenda perfectamente su sentido, pues incuestionable es que por más generales que sean los términos del contrato, no puede comprender éste cosas diversas de aquéllas sobre que aparezca que las partes se propusieron contratar, ni extenderse á casos distintos de aquellos sobre los que se propusieron los contratantes establecer una relación jurídica; pues efectivamente si uno transige sobre sus derechos personales contra otro, no es posible, ni lógico, ni justo, que esa transacción se extienda á los derechos que esa otra persona tenga contra otro sugeto de quien el primero fuese heredero, ignorando que lo era al tiempo de verificarse la transacción.

Ya lo prescribía así el Digesto en su ley 9.ª, párrafo 3.°, tit. 15, lib. 2.°, *Initium est perimi pacto id, de quo cogitatum non est.* Y luego la ley 53, tit. 1.°, lib. 45 del mismo Digesto, decía, *Stipulationes commodisimum est, ita componere, ut quæcumque specialiter comprehendi possint, contineatur.* Es, por lo tanto, indudable que ante el derecho romano, como ante el derecho patrio (pues también las Partidas sostuvieron los mismos principios), las obligaciones

Digitized by Google

nacidas de los contratos, cualquiera que fuese la generalidad de sus términos, no pueden salir de la esfera de su contenido, del círculo de acción sobre aquello que recayó el consentimiento. Y no nos esforzamos en demostrarlo más, porque siendo como es de sindéresis, vendríamos á oscurecer lo que claro está y sencillo es, pues no hay necesidad de demostrar que es de día cuando la brillante luz del sol nos alumbra.

Concordantes encontramos, además de los ya indicados del Digesto, en las leyes 25, tit. 11, Part. 5 °, y 2.ª, tit. 33, Part. 7.ª; y tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1022, como el de 1882 en su art. 1296, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1138 del Código de Italia, 1163 del de Francia, 1386 del de Holanda, que es casi igual al nuestro hasta en su redacción, 1163 del de Bélgica; 1266 del del Uruguay, que es conciso y clarísimo en extremo; 1561 del de Chile, 1619 del de Colombia, 1160 del de Bolivia, 863 del de Vaud, 1954 del de la Luisiana, 684 del de Portugal, y otros.

Art. 1284. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Es también de sindéresis que cuando una cláusula pudiera admitir diversos sentidos, entenderse debe que se ha significado en el que más conforme sea para que produzca efecto.

Esto ya se prevenía también en el Digesto, leyes 12.ª, tit. 5.°, lib. 34; y 80.ª, tit. 1.°, lib. 45; de cuyo cuerpo de derecho parece haber tomado sus disposiciones las leyes 25.ª, tit. 11.°, Part. 5.ª; y 2.ª, tit. 33.°, Part. 7.ª.

Concuerda con los arts. 1157 del Código de Francia, 1132 del de Italia, 1157 del de Bélgica, 1380 del de Holanda, 1261 del del Uruguay, núm. 2.° del 1402 del de Veracruz-Llave, 1562 del de Chile, 1154 del de Bolivia, 1946 del de la Luisiana, 857 del de Vaud, 864 del de Portugal, 1248 del Sardo, 1110 del de Nápoles, y otros.

Art. 1285. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo á las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

No tiene duda que las cláusulas que tienen conexión entre sí ó versan sobre un mismo asunto, suelen dar por resultado el desarrollo perfecto del pensamiento de los contratantes, y que las unas por las otras se aclaran, se amplían ó modifican, y poniéndolas todas en relación armónica, fijan y precisan la verdadera volición de las partes contratantes confluyendo sobre un objeto dado, y creando una relación jurídica determinada. Así lo entendió el pueblo

Digitized by Google

legislador por excelencia, sentando análogos principios en las leyes 50.ª, párrafo 3.°, lib. 30, y 75.ª, lib. 32 del Digesto.

Concuerda con los arts. 1136 del Código de Italia, 1161 del de Francia, 1384 del de Holanda, 1161 del de Bélgica, cuyos cuatro Códigos son muy semejantes entre sí, pues vienen á expresar todos, los que sienta el de Italia, que las cláusulas de los contratos se interpretarán las unas por las otras, dando á cada una el sentido que resulte de la integridad del documento.

Vemos también concordancias en los arts. 1261 párrafo 2.° del Código del Uruguay en relación con el 1260 del mismo; 1564 del de Chile, 1158 del de Bolivia, 861 del de Vaud, 1950 del de la Luisiana, 684 del de Portugal, 1252 del Sardo, 1114 del de Nápoles, 1622 del de Colombia, núm. 4.° del 1402 del de Veracruz Llave, y otros; habiéndose propuesto preceptos análogos en el núm. 4.° del artículo 1019 del Proyecto de 1851, y en el art. 1298 del Proyecto de 1882; cuya doctrina se ve en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 21 Febrero de 1863.

Art. 1286. Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán atendidas en aquella que sea más conforme á la naturaleza y objeto del contrato.

El precepto de este artículo, que es literalmente igual á la regla tercera del art. 1019 del Proyecto de Código de 1851, no puede ser más lógico, ni más natural, ni más equitativo; pues si una palabra tiene distintas acepciones, es de buen sentido suponer que la que ha de dársele en un contrato determinado, es la acepción más conforme á la naturaleza y al objeto del contrato mismo: y esto no necesita explicación, pues está tan conforme con las leyes de la naturaleza, y guarda tal consonancia con el buen sentir, que lo mismo en el Derecho romano que en nuestro antiguo derecho, se venían sentando idénticos principios, pues no otra cosa significa lo que el Digesto prescribía en el núm. 67 de *regulis juris*, de donde lo tomaron las anteriormente citadas leyes de Partida: *quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipitur, quæ rei gerendæ aptior est*

Concuerda con el art. 1158 del Código de Francia, 1133 del de Italia, 1158 del de Bélgica, 1381 del de Holanda, apartado 2.° del 1261 del del Uruguay, 1155 del de Bolivia, 858 del de Vaud, 1947 del de la Luisiana, 1249 del Sardo, 1111 del de Nápoles, y núm. 3.° del 1402 del de Veracruz-Llave; viéndose también sentada jurisprudencia análoga en diferentes sentencias del Tribunal Supremo.

Art. 1287. El uso ó la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

Digitized by Google

También está conforme con el buen sentido y es de tan general observancia esta regla de interpretación, que frecuentemente se omite en los contratos lo que es de uso y costumbre en el pais donde se realizan, porque la justicia y la equidad lo imponen, y porque entenderse debe comprendido tácitamente en las convenciones sin necesidad de expresarlo.

En los núms. 34 y 114 de *regulis juris*, como en la ley 6.ª, tit 2.º, lib. 21 del Digesto, venia prescribiéndose ya tal disposición; y la regla 5.ª del art. 1019 del Proyecto de 1851, y el art. 1296 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1159 del Código de Francia, 1134 del de Italia, 1159 del de Bélgica, 1382 del de Holanda, 1263 del del Uruguay, 1156 del de Bolivia, 859 del de Vaud, 1948 del de la Luisiana, 1250 del Sardo, 1114 del de Nápoles, y otros varios; todos los cuales convienen en que el pacto ambiguo se interpretará según la práctica del pais en que se estipuló el contrato.

Art. 1288. La interpretación de las cláusulas obscuras de un contrato no deberá favorecer á la parte que hubiese ocasionado la obscuridad.

Un principio de equidad envuelve el precepto que acaba de consignarse, pues si uno de los contratantes consignó términos obscuros en el contrato, por la misma razón que parece que dicha consignación implica en el que la hizo deseo de perjudicar á su contrario, el legislador impone como justo castigo á su mal propósito, que en caso de duda, la interpretación de cláusulas obscuras no debe favorecer al que tal obscuridad ocasionó. Y esto no solo es natural, sino que premia, atiende y proteje la buena fe, mientras que si lo contrario se prescribiese, se favoreceria al más intrigante, al menos escrupuloso y al peor dispuesto para contratar con armas nobles y establecer esos recíprocos derechos y mútuas obligaciones que deben nacer de toda relación jurídica.

No es nuevo tal principio, pues ya las leyes 38.ª, párrafo 18, y 99.ª tit. 1.º, lib. 45 del Digesto, consignaron una prescripción análoga; y las leyes de Partida siguiendo los preceptos del derecho romano, entrañaron disposiciones bastante semejantes. Pero no es en el derecho antiguo donde debemos buscar los mejores orígenes del precepto que nos ocupa, pues en los Códigos modernos aun vemos más ingenio y habilidad en la redacción de prescripciones tales; y tanto es así, que el art. 915 del Código de Austria, previene que en los contratos unilaterales la presunción, caso de obscuridad debe entenderse completamente favorable al obligado, mientras que en los bilaterales la expresión ambigua ha de entenderse siempre contra el que se sirvió de ella; de manera que no puede darse precepto más lógico y más justo que el que acabamos de referir, lo cual vemos confirmado de perfecto acuerdo en el art. 1404 del Código de Veracruz-Llave.

Digitized by Google

Es más: en el art. 266 del Código de Prusia, tit. 5.°, parte 1.ª, se determina que el contrato ha de interpretarse en perjuicio de aquel que en él hubiera hecho insertar términos ambiguos y tratara de prevalerse de ellos para pedir extraordinarias ventajas á la otra parte, lo cual implica también un justo castigo á la mala fe; llegando el de la Luisiana, en su art. 1953, hasta castigar la negligencia ó defecto de la explicación de una de las partes, puesto que preceptúa que si la duda proviene de defecto de explicación, negligencia ó falta de una de las partes, el contrato se interpretará en favor del otro contrayente.

Los Códigos de Francia en su art. 1162, de Italia en el 1137, de Bélgica en el 1162, y de Holanda en el 1385, vienen á determinar casi con la misma redacción é igual sentido, que en caso de duda, el contrato se interpretará contra el que lo ha estipulado y á favor del que ha contraído la obligación, ó sea contra aquel á quien beneficie; y en el mismo sentido se expresa el Código del Uruguay, en su art. 1265.

Concuerda también con los arts. 1566 del Código de Chile, 1159 del de Bolivia, 863 del de Vaud, 1254 del Sardo, 1624 del de Colombia, 1115 del de Nápoles, y otros; y esta misma doctrina se dejó sentada en varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, la de 28 Diciembre de 1864, en la que se declaró que cuando los términos de un contrato son dudosos y no pueden explicarse por su natural concepto, ni por una razonable interpretación deben entenderse contrarios al que los llevó al pleito obscuramente, presumiéndose siempre todo lo favorable al que no dió motivo á dicha obscuridad.

Art. 1289. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos é intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fué la intención ó voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

Distingue aquí este artículo perfectamente las condiciones esenciales de las circunstancias accidentales del contrato, y después de haber dictado el legislador las reglas necesarias para la interpretación de los contratos en su parte esencial, viene en este artículo á determinar como ha de ventilarse la cuestión del más ó el ménos del *vínculum juris* creado por la relación jurídica estable-

Digitized by Google

cida cuando esas dudas recaen sobre las circunstancias accidentales del contrato, distinguiendo perfectamente el caso en que el contrato fuese gratuito del en que fuere oneroso, puesto que en el primero resuelve la cuestión en sentido favorable de la menor transmisión de derechos é intereses; y en el contrato oneroso ordena que se resuelva la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses; lo cual es por demás lógico y natural, por cuanto debe presumirse que cada cual quiere obligarse á lo que menos gravoso le sea, y como en los contratos gratuitos el obligado se desprende sin recompensa de ningún género, de cosas ó derechos que nadie ha de abonarle, es de presumir que si puede limitar su obligación á la transmisión de cien monedas, no ha de entenderse que la extiende á más de este número, y si bajo un nombre determinado se viene en conocimiento de dos clases de monedas ó cosas, debe entenderse que la intención del obligado en un contrato unilateral, ha de reducirse á la de aquellas cien monedas ó cosas del menor valor de las que estuviesen en uso al objeto del contrato; mientras que en los onerosos ha de estarse en favor de la mayor reciprocidad de intereses, por cuanto un contrato es siempre tanto más justo y equitativo cuanto más recíprocos derechos y obligaciones mútuas sienta entre las partes.

Precedentes encontramos de la primera parte de este artículo en las leyes 12.ª, tít. 1.º, lib. 45 del Digesto; regla 9.ª de *regulis juris*, ley 5.ª, tít. 33.º, Partida 7.ª; habiéndose propuesto un precepto análogo á dicho primer párrafo, en el segundo apartado del art. 1021 del Proyecto de Código de 1851.

Mas tiene este artículo un segundo apartado, de que si las dudas cuya resolución se trata, recayeren sobre el objeto principal del contrato, de tal suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fué la intención ó la voluntad de los contrayentes, deberá conceptuarse nulo dicho contrato; y esto que determinado se ha por la jurisprudencia de los Tribunales, es de buen sentido, porque si la convención y el contrato consisten precisamente en la conjunción de dos voluntades acerca de una cosa, creando de este modo entre las partes contratantes una relación jurídica, como la base de esta relación es el consentimiento, y éste no puede deducirse cuando no llega á conocerse la verdadera intención ó la voluntad de los contratantes, ni puede existir una relación jurídica ni existe verdadera convención, ni haber puede contrato válido.

Los Códigos de Portugal, México, Baja California y Campeche, vienen sosteniendo esta misma teoría, y limitan á ello en lo esencial los capítulos en que tratan de la interpretación de los contratos, pues el primero viene á determinar, en su art. 684, que es nulo el contrato siempre que de sus términos naturaleza y circunstancias, ó del uso, costumbre ó ley, no pueda deducirse la intención ó voluntad de los contrayentes sobre el objeto principal del mismo contrato. Y esto se impuso en Portugal como precepto general de interpretación, por cuanto no se creyó conveniente descender al camino en que se han

Digitized by Google

redactado la mayoria de los otros Códigos, pues adapta como preferente el sistema de preveer en general las cuestiones que pudieran suscitarse acerca del sentido general de las obligaciones.

El art. 685 del expresado Código de Portugal, preceptúa que si la duda solo recayese sobre los accesorios del contrato, y no pudiere ser resuelta por la regla general establecida en el art. 684, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Si el contrato fuese gratuito, la duda se resolverá por la menor transmisión de derechos é intereses. 2.ª Si el contrato fuese oneroso, se resolverá la duda por la reciprocidad de intereses. Y esto mismo se vé prescrito en los arts. 1440 y 1441 del Código de México, 1324 y 1325 del de la Baja California, y 1440 y 1441 del de Campeche.

De manera que en los dos articulos que cada uno de esos cuatro Códigos comprenden bajo el epigrafe de interpretación de los contratos, encontramos la verdadera concordancia con lo que prescribe el art. 1289 que de nuestro Código comentamos.

El Tribunal Supremo sentó ya la verdadera doctrina que ha de prevalecer en materia de interpretación de contratos en infinidad de sentencias, y muy principalmente en las de 30 Junio de 1854, 28 Enero de 1859, 15 Junio y 18 Septiembre de 1863, 8 Febrero y 30 Abril de 1885, y otras que seria prolijo enumerar, habiéndose propuesto idénticos preceptos al que nos ocupa, en el art. 1302 del Proyecto de 1882.

CAPITULO V.

De la rescisión de los contratos.

Art. 1290. Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.

No cabe duda que las convenciones legalmente constituidas pueden rescindirse en los casos que la ley determina, mas en esto deberá tenersé muy encuenta que si bien suelen confundirse como sinónimas las palabras rescisión y nulidad, esta confusión es vulgar, pues técnicamente no pueden menos de diferenciarse palabras que tan distinto significado tienen.

La rescisión tiene lugar cuando el acto válido encierra un vicio por el cual puede venir su invalidación á instancia de parte; de manera que toda rescisión presupone un acto válido; un acto que en lo esencial y en lo accidental se ha llevado á cabo con arreglo á ley; y para comprender bien el sentido de la palabra rescisión separándola de la nulidad, bastará citar alguno de los casos de rescisión que la ley establece. La donación perfectamente válida por haberla

Digitized by Google

ejecutado quien podia ejecutarla y por haberse llenado en su ejecución todos los requisitos legales, puede rescindirse según lo prevenido en el art. 641 de este mismo Código, por la supervivencia de hijos. El arrendamiento perfectamente válido puede, según el art. 1058 de este mismo Código, rescindirse por incumplimiento de alguna de las obligaciones contraidas por alguna de las partes, ó cuando, según lo que previene el art. 1058, se hacen reparaciones en la finca arrendada de tal naturaleza que el arrendatario ó su familia no pueden habitar la parte de la misma necesaria; y asi pudieran citarse infinidad de casos en que la rescisión cabe y que designados están en este Código; mientras que la nulidad implica un vicio sustancial de origen en un acto que, por ese mismo vicio, no pudo constituírse, ni puede por él producir los correspondientes efectos. Es más, la rescisión aun cuando vicie el contrato, puede subsanarse el vicio que la produce por la ratificación de las partes contratantes y por la prescripción; mientras que lo que es nulo en su origen jamás puede tener validéz.

Sentados estos antecedentes, podemos afirmar que el precepto que al presente comentamos es perfectamente lógico y no puede menos de prevalecer como medio de reparar perjuicios y de evitar los inconvenientes que pudiera producir la mala fé de alguno de los contratantes, pues evidente es que la rescisión debe pedirse, como antes hemos indicado, por una de las partes, probando ésta que el contrato adolece del vicio que la hace rescindible ó se falta al cumplimiento de determinadas obligaciones en el mismo estatuidas, y acreditando también los perjuicios que por tales motivos se han irrogado á la parte que demanda dicha rescisión

El Proyecto de Código de 1882 propuso un precepto análogo, y en relación se encuentra el articulo que comentamos con los arts: 644, 1072, 1454, 1460, 1479, 1483, 1486, 1503, 1505, 1506, 1556, 1558, 1595, 1625, 1812 y 1819 de este mismo Código.

Como ya hemos indicado, es lastimosa la confusión en que incurrieron los jurisconsultos romanos que, partidarios por un lado de la escuela histórica, y fascinados por otro con su división de contratos de buena fé y de estricto derecho, consideraban en las mismas circunstancias la violencia, el miedo y el dolo, y la nulidad de unos contratos ó la validez de otros, si bien hay que concederles que en medio de tanta sutileza y de tanto formularismo no concedieron restitución ó rescisión sino en los contratos que de derecho eran válidos, si bien contrarios á la equidad.

Desgraciadamente esa confusión que vemos en las leyes romanas, se viene notando en nuestras leyes patrias de las Partidas, sin que hayan sido menos afortunados muchos de los pueblos que á la cabeza de la civilización figuran, al tratar de esta materia en sus respectivos Códigos, pues igual confusión se ve en los de Francia, Bélgica, Italia y Holanda y aun en los de Austria y Suiza

Digitized by Google

que apenas se dedican á tratar del asunto, siendo los Códigos americanos los que en general lo han tratado con mas acierto, pues tenemos que lo mismo el de Chile, que el de la Baja California, que el de Campeche, que el de México, que el de Colombia y que el de Veracruz-Llave, dividen en dos capítulos la rescisión y la nulidad de las obligaciones aunque comprendiéndolas bajo un mismo título.

Concuerda con los arts. 1770 del Código de Campeche, 1656 del de la Baja California, 1770 del de México; en cuyos tres Códigos, de un modo terminante y claro, se previene que no pueden rescindirse mas que las obligaciones que en sí mismas son válidas. El art. 2359 del Código de Guatemala define la rescisión diciendo que es la invalidación de alguna obligación ó contrato; y en dicho artículo se consigna un segundo apartado en el que se expresa, lo mismo que en los Códigos anteriormente citados, que no pueden rescindirse sino las obligaciones que en sí mismas son válidas.

Confunde el Código del Uruguay la rescisión con la nulidad, dividiendo las nulidades en absolutas y relativas, sin que los preceptos de aquel Código puedan servir para ilustrar el comentario que del nuestro hacemos, puesto que en la mayor parte de sus preceptos relativos al caso, y muy especialmente en los contenidos en los arts. 1520 y 1521, se ve una verdadera antinomia y la confusión más fatal de los principios que en nuestro Código tan claros, tan precisos y tan deslindados se encuentran; por esta razón no nos detenemos tampoco á examinar algunos artículos de los Códigos de Francia, Italia, Bélgica y Holanda, pues realmente parece imposible que hombres de tanto valer como los que discutieron el Código napoleónico, que los grandes tribunos de aquel país que admiraban al mundo todo con su sorprendente erudición, y que sentaban con tal fluidez los principios de la nueva ciencia, las teorías del derecho moderno, no trataran de separar lo que la naturaleza por sí misma distingue, la rescisión y la nulidad, como parece también imposible que la escuela italiana, tan filosófica y tan profunda en la construcción jurídica de sus teorías, no hubiese verificado igual separación.

Art. 1291. Son rescindibles:

1.° Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

2.° Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión á que se refiere el número anterior.

3.° Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

Digitized by Google

4.° Los contratos que se refieran á cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado, sin conocimiento ó aprobación de las partes litigantes ó de la Autoridad judicial competente.

5.° Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley.

Fija este artículo algunos de los casos de rescisión legal que pueden ocurrir en la práctica, y teniendo en cuenta la complementación de ciertas personalidades, por medio de sus tutores, necesaria para aquellas personas que por sí no pueden contratar, determina en el número primero que los contratos que otorguen los tutores sin autorización del consejo de familia, son rescindibles siempre que por ellos las personas á quien representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de la cosa objeto de los referidos contratos. Y esto se consigna de un modo expreso en este artículo, por cuanto en el 1293 se viene luego preceptuando que ningún contrato se rescindirá por lesión, excepción hecha de los casos que se consignan en el artículo que al presente nos ocupa.

No sólo los tutores pueden celebrar contratos á nombre de los menores y de los incapacitados, y por ello este artículo, en su número segundo, viene á sentar como causa especial de rescisión la lesión de la cuarta parte del valor del objeto del contrato en el que se celebre á nombre de los ausentes, lo cual está perfectamente de acuerdo con lo que expusimos al tratar de la administración de bienes de los ausentes en los artículos 187 al 190 de este mismo Código.

El tercer número de este artículo casi idéntico precepto contiene al que se propuso en el número segundo del art. 1165 del Proyecto de 1851, y es de necesidad su consignación, porque según el buen sentido y los principios de la equidad y la justicia, no puede menos de ser rescindible todo contrato que se efectúe en fraude de acreedores cuando del mismo resulta la insolvencia de los deudores, en lo cual la ley se muestra extremadamente justa, distinguiendo como distingue el caso en que los acreedores no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba, del en que á pesar de aquel contrato realizado con intención de defraudar á los acreedores, éstos pudieran hacer efectivos sus créditos, pues en tal caso el resultado no habría correspondido á la intención y por ello no existiendo verdadero perjuicio dejaría de ser causa de rescisión el contrato que en tales condiciones se efectuase.

Se presenta luego el número cuarto del artículo que comentamos dando un precepto que realmente no puede ser más lógico. Las cosas litigiosas, desde que lo son, deben conceptuarse fuera del comercio de los hombres, por cuanto

Digitized by Google

lo que está *sub judice* no puede alterarse hasta tanto que recaiga una decisión definitiva; y bajo este concepto no pueden menos de considerárselas fuera de toda convención sin que á ello concurran el consentimiento y aprobación de todos los litigantes ó la orden de la autoridad judicial competente; y por ello no podia menos el legislador de considerar como rescindibles los contratos celebrados sin estas condiciones referentes á cosas litigiosas.

Nos queda por examinar el número quinto del presente artículo que implica tanto para nosotros como una especie de regla general bajo la cual se comprenden los casos que especialmente determina la ley, pues en la dificultad de consignar aquí todos esos casos, el legislador con este precepto anuncia y autoriza los que en especialisimos contratos pueden tener lugar.

Hemos significado ya que en el Proyecto de 1851 se propuso lo que leerse puede en su art. 1165, comprendiendo tres causas de rescisión de las obligaciones que analogía tienen con algunos de los comprendidos en el artículo que de nuestro Código nos ocupa; y el Proyecto de 1882 en su art. 1303, propuso idénticos preceptos que en relación están no solo con los anteriormente citados, sino con los arts. 188, 269 al 272 y 275 de nuestro Código, 36 y 37 al 41 de la Ley Hipotecaria.

Concuerda con los arts. 1773 del Código de México, 2360 del de Guatemala, 1656 del de la Baja California, 1773 del de Campeche, 1560 del de Veracruz-Llave, y otros.

Mas si bien coinciden algunos Códigos en la manera que el nuestro trata de la rescisión, no todos se ocupan igualmente de los efectos de la misma y del tiempo que tiene vida su acción.

No tienen efecto contra terceras personas las acciones rescisorias y resolutorias, si aquéllas no han inscrito los títulos de sus respectivos derechos en la forma legal correspondiente, á no ser que las acciones rescisorias y resolutorias deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro, ó en las acciones resolutorias de enagenaciones hechas en fraude de acreedores cuando la segunda enagenación se hiciere por título gratuito, y cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude; prescribiendo en ambos casos dicha acción rescisoria al año contado desde el dia de la fraudulenta enagenación.

Art. 1292. Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones á cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

Los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones á cuyo cumplimiento no podia ser compelido el deudor, son rescindibles. Y se comprende perfectamente: si el que pasa por insolvente satisface obligaciones

Digitized by Google

determinadas antes de llegar el término de su cumplimiento, prueba evidente es de que quiere defraudar á otros acreedores, y éstos tienen derecho á pedir la rescisión de aquel pago que prematuramente se hizo.

De manera, que este artículo, realmente, se refiere á pagos hechos en estado de insolvencia conocida, por deudas ú obligaciones á plazo, y cuando éste no habia vencido al efectuar el pago. En cambio, ante el derecho romano, tal pago era válido (leyes 10.ª, párrafo 12, y 17.ª, párrafo 2.°, tit. 8.°, lib. 42 del Digesto), aunque no en los casos de posesión dada judicialmente á los acreedores en los bienes del deudor á que se refiere la ley 6.ª, párrafo 7.°, tit. 8.°, lib. 43 del Digesto.

Más del artículo que comentamos se infiere que, el pago de deudas exigibles es perfectamente válido, aunque se hiciere en estado de insolvencia, y no lo ignore el acreedor, por cuanto en los pagos para nada ha de influir que el acreedor sepa ó no el estado de insolvencia, toda vez que no ha de recibir otra cosa que lo que le pertenece.

Precedentes encontramos en la ley 9.ª, tit. 15, Part. 5.ª; y en relación está con los arts. 1125, 1126 de este mismo Código, y 870 del Código de Comercio.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1180, propuso un precepto análogo como el art. 1304 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el art. 2362 del Código de Guatemala, 1777 del de México, 1663 del de la Baja California, 1777 del de Campeche, y 1567 del de Veracruz-Llave, que son idénticos esencialmente al nuestro; 967 del de la República Argentina, teniendo alguna analogía los arts. 622, 788, 1053 y 2225 de los Códigos de Francia y Bélgica, conforme á los que se ven dispersos algunos preceptos en los Códigos de Italia y Holanda.

A pesar de las controversias á que ha dado lugar tal principio entre publicistas tan eminentes como Toullier, Zachariæ, Aubry y Rau, éste ha sostenido con brillantez suma, en contra de los anteriores, el principio que sostenemos en nuestro Código, fundándose en que el fraude del deudor debe presumirse desde el momento en que se halla insolvente.

Art. 1293. Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.° y 2.° del art. 1291.

No siempre se ha seguido esta teoría, pues mientras el Fuero Juzgo, en su ley 6.ª, tit. 44, lib. 5.°, no admitia la rescisión por lesión enorme, el Fuero Real en su ley 5.ª, tit. 10, lib. 3.°, y las Partidas, en su ley 56.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª, admitieron la rescisión por causa de lesión cuando ésta excedia de la mitad del justo precio; y para ejercitar la acción rescisoria por lesión, fijó el término de cuatro años la ley 2.ª, tit. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Ya dijimos antes, al comentar el art. 1291, que aquel artículo sobrabe en

Digitized by Google

parte, ó consignaba las excepciones al principio general en éste establecido; y que con razonable é irresistible lógica era preciso salvar. Hoy debemos expresar nuestra más sincera conformidad con el principio aquí sentado, anticipadas ya las excepciones tan previsoras como hijas de la equidad y la justicia; pues comprendemos que la rescisión por lesión, haciéndola general, crearía la mayor de las inseguridades en la contratación, así como no podemos menos de encomiar esa rescisión cuando se circunscriba á casos tan limitados y especiales como los de los núms 1.° y 2.° del art. 1291.

El art. 1164 del Proyecto de Código de 1851, proponía un precepto análogo, y el de 1882 en su art. 1306 adicionaba, que tal lesión debiera dar derecho á indemnización de daños y perjuicios siempre que excediera de la mitad de su verdadero valor.

La rescisión por lesión se estableció primeramente para el contrato de venta, extendiéndose después á otros contratos onerosos, y si bien es opinión general que fué sentada por la ley 2.ª, tít. 44, lib. 4.° del Código romano, dictada por los emperadores Diocleciano y Maximiano, hay quien sostiene, como Voet, que tal ley no hizo más que regular y fijar la lesión enorme en más de la mitad, pues anteriormente fué conocida ya en Roma la rescisión por causa de lesión, si bien ésta quedaba abandonada al arbitrio judicial, y alcanzaba tal remedio ó beneficio lo mismo al comprador que al vendedor.

Los países aforados sostuvieron los principios del Fuero Juzgo, tanto, que los Fueros de Aragón previenen que la cosa no vale más que aquello en que se puede vender: *res tantum valet quantum vendi potest.*

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1164, propuso un precepto análogo al contenido en el artículo que de nuestro Código al presente comentamos, siendo idéntico el art. 1307 del Proyecto de 1882.

En cuanto á los Códigos extranjeros, se ve de todo; pues el de Francia, que parece ser la norma de la generalidad de los Códigos europeos, sostiene en su art. 1674, que si el vendedor hubiere sido lesionado en más de las siete duodécimas partes del precio de un inmueble, tendrá derecho á pedir la rescisión de la venta, aunque haya renunciado expresamente á ella en el contrato y declarado que le daban el máximum de su valor. Y según sentencias infinitas del Tribunal de Casación de aquel país, vese sostenida esta doctrina con el mismo entusiasmo que se trató por hombres tan eminentes como Portalis, en los importantísimos discursos pronunciados en los grandes debates de su discusión, en los que no se sabe que admirar más, si la erudición del jurisconsulto ó la profundidad del filósofo.

Lo mismo preceptúa el art. 1674 del Código de Bélgica, hoy vigente, idéntico hasta en su numeración á la mayor parte de los del Código francés, si bien tanto éste como el belga, en sus arts. 1305 y 1313, admitiendo como regla general, según hemos dicho antes, la rescisión de la venta por lesión, que nues-

Digitized by Google

tro Código por regla general rechaza, convienen casi con el nuestro en las excepciones, puesto que en los últimos artículos citados de uno y otro Código, se preceptúa que la simple lesión dará lugar á la rescisión en favor del menor no emancipado, contra toda clase de contrato; y lo mismo en favor del menor emancipado contra todos los convenios que excedan los límites de su capacidad. Y el Código de Italia, en su art. 1308, previene que la acción de rescisión por causa de la lesión, no podrá promoverse, aun tratándose de menores, á no ser en los casos y en las condiciones expresadas especialmente en la ley; y aun entonces no producirá efecto en perjuicio de terceros que hayan adquirido anteriormente á la transcripción de la demanda de rescisión, derechos sobre los inmuebles. Pero ese mismo Código italiano, al tratar del contrato de venta admite su rescisión por lesión en su art. 1514.

El Código de Prusia, en sus arts. 59 al 69, niega la rescisión al vendedor y la concede al comprador cuando el precio excede del doble valor de la cosa, por que se presume error que invalida el contrato.

El art. 934 del Código de Austria, concede la rescisión, en los contratos sinalagmáticos ó bilaterales, á la parte que no recibe la mitad del valor de lo que entrega.

El de Baviera, en su art. 19 y siguientes, concede la rescisión al comprador y al vendedor, señalando el término de treinta años para poder ejercitar tal acción.

El de Nápoles, en su art. 1674 y sus concordantes, como el de la Luisiana, en su art. 2567, y otros, siguen los preceptos del francés hasta en su redacción, como el art. 1679 del Sardo, fijando la lesión en más de la mitad, y concediendo este último un término de cinco años para ejercitar la acción rescisoria.

El de Veracruz Llave, en su art. 1564, previene que las enajenaciones á título oneroso, de bienes inmuebles, pueden rescindirse siempre que la demanda de rescisión se anotase en el registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación.

Los Códigos de México, en su art. 1771, Baja California, en su art. 1677, y el de Campeche, en su art. 1771, sostienen que ninguna obligación se rescinde únicamente por lesión, salvo, si la cosa hubiera sido valuada por peritos después de la celebración del contrato.

Tal diversidad de pareceres, tan heterogéneos preceptos como se ven consignados en los diversos Códigos modernos, indica bien á las claras que tal teoría no es de aquellas á las que los principios de derecho natural imprimen carácter; no es cuestión de tan fácil solución que pueda abandonarse á la opinión general ni que el simple buen criterio domina universalmente. Tiene sus razones en pro y en contra: para el sostenimiento de la rescisión por lesión ó para rechazar tal tesis, hay que pesar mucho las circunstancias, las condiciones de las personas contratantes y los efectos de la rescisión; pues si bien es justo que

Digitized by Google

el precio de la cosa vendida sea su equivalencia, y racionalmente pensando, no es verosimil que uno venda una cosa por precio insignificante sino cuando se encuentra forzado á ello por la necesidad que no le permite aguardar otra ocasión más propicia, también es evidente la gran perturbación que resultaria de la inseguridad de la contratacion, y porque muchos que se encontrasen arrepentidos de un contrato invocarian la lesion para sacar partido del que por evitar un pleito de rescisión sacrificase algún tanto sus intereses.

Pero hay otra razón: si la rescisión por lesión se generalizase en unos contratos, tendria que extenderse á todos hasta los de efectos ó bienes muebles, hasta en los valores del Estado ó locales, y como tal extensión seria lógica en el terreno del derecho, admitido tal principio que nuestro Código rechaza, económicamente considerada seria un absurdo, pues no habria comercio posible, ni las operaciones bursátiles tendrian validez. Las verdaderas lesiones enormes, fuera de los casos prevenidos en nuestro Código Civil, no pueden perseguirse mas que en el penal.

Art. 1294. La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Esto mismo prueba el temor que el legislador ha tenido de facilitar la rescisión; la declara subsidiaria. Es decir, quo solo en defecto de toda otra acción, puede utilizarse la rescisión por lesión aún en los casos especialmexte expresos por la ley.

Era favorable á los menores el concurso de las dos acciones á que se referian las leyes 3.ª y 5.ª del tit. 25, lib. 2.º del Código romano, la rescisoria ó la restitución *in integrum*, y contra los tutores la de indemnización de perjuicios, tanto más, cuanto que por la elección de una de ellas no quedaban privados de recurrir después á la otra, según preceptuaba la mentada ley 5.ª. Pero esto resultaba bastante duro y exhorbitante; pues el que contrae de buena fe, no tiene para con el menor los mismos vinculos y obligaciones que el tutor; y mientras éste tenga sus bienes con que indemnizar al menor de su daño, no parece justo ni conveniente se moleste al tercero que de buena fe contrató, con una rescisión por lesión. Por ello es lo más razonable y justo que á la acción rescisoria se le dé el carácter de subsidiaria, pues esto implica mayor respetuosidad á la buena fe, y tiende al principio de estabilidad de los contratos en interés de todos y en pro del fomento de la riqueza pública.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1170, y el de 1882, en su art. 1307, proponian preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 1302 del Código de Italia, y otros Códigos extranjeros.

Digitized by Google

Art. 1295. La rescisión obliga á la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse á efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello á que por su parte estuviese obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fé.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Entre las consecuencias de la rescisión se encuentra la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato y frutos, precio é intereses. De manera que hay necesidad de que sea posible esa devolución por el que á ello obligado estuviese, porque claro está que si las cosas objeto del contrato hubieren pasado legalmente á terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, no podrán tener lugar los efectos de la rescisión, si bien entonces podrá ser reclamada al causante de la lesión la indemnización de perjuicios.

Precedentes vemos en las leyes 24.ª, párrafo 4.°; 40.ª, párrafo 1.°, tit. 4.°; 28.ª, párrafo 6.°, tit. 6.°, lib. 4.°; 25.ª, párrafo 10, tit. 1.ª, lib. 21 del Dig.; ley única, título 48, lib. 2.° del Código romano; 2.ª, tit. 25, Part. 3.ª, y 8.ª, tit. 19, Part. 6.ª; teniendo gran relación con los arts. 1106 al 1108 y 1291 de este mismo Código, y con los arts. 27, 36 al 38 de la ley hipotecaria, sobre todo con este último, el que preceptúa que no se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por causa de lesión enorme ó enormísima, ni por efecto de la restitución *in integrum;* lo cual guarda perfecta conformidad con lo que se prescribe en los arts. 46 de la ley hipotecaria de Cuba y en la de Puerto Rico, así como en el art. 47 de dicha ley de Filipinas.

Vemos concordancias en los arts. 1527 del Código de la República oriental del Uruguay, 965 y 966 de la Argentina, 1687 de Chile, 697 del de Portugal, 1800 del de México, 1686 del de la Baja California, 1800 del de Campeche; conteniendo preceptos análogos los arts. 1681 del Código de Francia, 1534 del de Italia; 1681 del de Bélgica, y el art. 1857 del de Veracruz-Llave en relación con el 1872 del mismo.

Art. 1296. La rescisión de que trata el número 2.° del artículo 1291 no tendrá lugar respecto de los contratos celebrados con autorización judicial.

La razón de este precepto es que el legislador conceptúa haber provisto suficientemente á la seguridad de los menores en los negocios de alguna im-

Digitized by Google

portancia con la aprobación judicial, pues hay que presumir que, dadas las formalidades necesarias para ello, interviniendo como interviene el Ministerio Fiscal, no es fácil puedan realizarse tales contratos con perjuicio de persona alguna, y mucho menos de aquellos cuya personalidad viene á complementarse con la intervención judicial, y luego que el hacer ilusorios tales actos legalmente realizados, redundaría en menoscabo y desprestigio de la autoridad.

Precedentes encontramos en la ley 9.ª y 48.ª, tit. 4.º, lib. 2.º, del Digesto; y en relación está con los arts. 1331 al 1335 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851, en el párrafo 2.º del art. 1175, y el de 1882 en su art. 1309, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en el art. 1309 del Código de Francia y en el 1309 del de Bélgica.

Art. 1297. Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes á título gratuito.

También se presumen fraudulentas las enajenaciones á título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia ó expedido mandamiento de embargo de bienes.

Las presunciones legales que se consignan en este artículo son de buen sentido, y tan justas, que ninguna persona honrada puede desecharlas.

El Derecho romano solo hacía revocables las enajenaciones á título gratuito, cuando hubiera fraude por parte del deudor; en cambio la ley 7.ª, tit. 15, Part. 5.ª, no exigía que se probase el fraude del obligado, sino que bastaba su insolvencia para suponerla en fraude de acreedores; y si bien eminentes publicistas, como Toullier y Zachariæ, sostienen el principio de que debe probarse el fraude del deudor como se prescribía en las leyes 1.ª, 6.ª y 10.ª, tit. 9.º, lib. 43 del Digesto á que antes hemos aludido, otros escritores, no menos notables, sustentan la teoría de que si el acto del deudor insolvente que perjudicase á los acreedores, fuere á título gratuito, puede ser revocado á instancia de dichos acreedores perjudicados, aun cuando aquél á quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor. Por abundar en estas ideas el célebre Aubry y Rau, nos dice: que el fraude del deudor debe presumirse desde que se halle insolvente, ó por lo menos debe verse en él una gran culpa igual al dolo en sus efectos. En cuanto á terceras personas, debe pensarse que los actos á título gratuito no deben depender de la buena fé del deudor, porque como el extraño á la relación jurídica ya creada solo tratará ordinariamente de obtener una ganancia, de la misma manera se enriqueceria en fraude de los acreedores si el deudor obraba de mala fé al transferirle sus bienes.

Digitized by Google

Veamos ahora lo que significa el segundo apartado del art. 1297 que de nuestro Código comentamos. No dice, ni quiere decir otra cosa, sino que las enajenaciones á título oneroso hechas por aquellas personas ejecutoriamente condenadas al pago, no puede menos de presumirse fraudulentas. Lo cual es de buen sentido, porque si *A* debe á *B* 20000 duros y demandado á juicio *A* es ejecutoriamente condenado al pago, desde el momento en que *A* vende lo que poseia, nadie que bien discurra podrá pensar otra cosa sino que *A* ha vendido en fraude de *B*, y realmente ha realizado un acto que traspasa los límites de la esfera civil y entra de lleno en la penal. Por esto el competente escritor Charchon, con muy buen acierto, dice: que si un propietario de un terreno que vale 100.000 francos lo vende por sesenta cuando el Tribunal le habia condenado al pago de deudas que ascendia á ochenta mil, la vileza del precio, unida á su insuficiencia para pagar las deudas, daria derecho á sus acreedores para utilizar la acción revocatoria, sin estar obligados á probar el propósito fraudulento del deudor, puesto que del hecho por el mismo efectuado nace la presunción lógica y legal de que obró en fraude de sus acreedores.

Precedentes vemos en las leyes de Partida antes citadas, ó sea 7.ª y 11.ª, título 15, Part. 5.ª, y en las 15.ª y 17.ª, tit. 9.°, lib. 42 del Digesto, en cuanto al último apartado del artículo que nos ocupa.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1310, propuso preceptos análogos; estando perfectamente relacionado el artículo que comentamos con los artículos 880 al 882 del Código de Comercio, con los arts. 39 al 41 de la ley hipotecaria, (47 al 49 de la de Cuba y Puerto-Rico y 49 al 50 de la de Filipinas), y arts. 536 al 543 del Código penal, y con la pragmática de Gerona de 18 de Octubre de 1388 (tit. 4.° de *alienations fetas en frau de acreedors*, tit. 7.°, vol. 2.°, de las Constituciones de Cataluña).

Vemos concordancias en los arts. 2360 y 2361 del Código de Guatemala, 967 al 969 del de la República Argentina, 1801 al 1803 del deMéxico, 1687 al 1689 del de la Baja California, 1801 al 1803 del de Campeche; teniendo alguna analogía, los arts. 622, 788 y 1053 del de Francia y 622, 788 y 1053 del de Bélgica.

Art. 1298. El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar á éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas.

Nada más justo que el precepto de este artículo, porque la mala fe envuelve en sí la idea del dolo, y ya que no puede devolverse la misma cosa, ni se lleve á otro terreno la responsabilidad, es lo menos que podia preceptuarse en contra de la mala fe que el legislador y la sociedad están obligados á combatir. Por esto encontramos justo si, pero en extremo suave, el que solo se haga res-

Digitized by Google

ponsable de la indemnización de daños y perjuicios al que de mala fe adquiere las cosas enajenadas en fraude de los acreedores.

Preceptos análogos propusieron tanto el Proyecto de 1851 en su art. 1182, como el de 1882 en su art. 1311; y en relación está el artículo que nos ocupa con los arts. 1106 al 1108 de este mismo Código.

Concuerda con la última parte del art. 969 del Código de la República Argentina, 1809 del de México, 1696 del de la Baja California, 1809 del de Campeche, y otros.

Art. 1299. La acción para pedir la rescisión dura cuatro años.

Para las personas sujetas á tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, ó sea conocido el domicilio de los segundos.

Fija este artículo en su primer apartado el término que, como regla general, ha creido prudente señalar el legislador para ejercitar la acción rescisoria: este término es el de cuatro años; igual plazo propusieron los Proyectos de 1851 y de 1882, en sus arts. 1166 y 1312 respectivamente: y como algún término se habia de marcar, se fijó el que anotado queda, que prudencialmente es bastante para cohonestar la estabilidad de los contratos con la idea de remediar los males que en casos especiales pudieran producir ciertas convenciones.

Pero en nuestro Código no podia cometerse el absurdo de colocar en las mismas condiciones al mayor de edad, al que por encontrarse dentro de las circunstancias que la ley prefija para contratar por sí puede hacerlo con toda independencia, que á los menores, incapacitados ó ausentes, porque necesitando éstos, unos complementar su personalidad con la del tutor, y los otros tener sus representantes legales, se encuentran en situación muy distinta, que hay que igualar aproximadamente para que el precepto resulte más justo y equitativo. Por esto el Código ordena que, para las personas sujetas á tutela y para los ausentes, esos cuatro años noempezarán á contarse hasta que haya cesado la incapacidad de los sujetos á tutela, ó sea conocido el domicilio de los ausentes; pues justo es que, privados los primeros por disposición de la ley de la libre administración de sus bienes, cuando cese tal privación, encuentren en la ley el medio de reparar los daños que, durante su incapacidad, les hubiesen causado sus administradores legales: de aquí el beneficio de la restitución: y que los ausentes una vez dejen de serlo puedan hacer las oportunas reclamaciones.

Precedentes encontramos en la ley 7.ª, tit. 53 del Código romano, y en la 8.ª, tit. 19, Part. 6.ª; y en relación está el artículo que de nuestro Código nos ocupa con los arts. 40, 190, 194, 197, 200 y 278 del mismo; así como con los ar-

Digitized by Google

ticulos 36 al 38 de la ley hipotecaria, que en el 2.° tomo de esta obra dejamos transcrita con sus concordantes de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas.

Vemos concordancias en los arts. 1300 del Código de Italia, 1304 del de Francia, 1490 del de Holanda, 1304 del de Bélgica, 1561 del de Veracruz-Llave, 1529 del del Uruguay, 688 al 690 del de Portugal, 2363 del de Guatemala, 1774 del de México, 1660 del de la Baja California, 1774 del de Campeche, 1691 del de Chile, 969 del de Vaud, 1300 del de Austria, 1317 al 1319 del de Bolivia, 2218 del de la Luisiana, y otros; debiendo hacer presente, que no todos fijan igual término, pues mientras los de Francia y Bélgica marcan diez años, los de Italia y Holanda señalan cinco años; Uruguay, Veracruz-Llave, México, Campeche y Baja California, cuatro como el nuestro; Guatemala, dos; Portugal distingue cuando la acción rescisoria se utiliza por incapacidad de los contrayentes, en cuyo caso, el término prefijado es de cinco años, de cuando la rescisión procede por causa de error, ó de coacción, durando entonces dicho término un año en cualquiera de estos dos últimos casos.

CAPITULO VI.

De la nulidad de los contratos.

Art. 1300. Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo á la ley.

Viene á tratar este capitulo 6.° de la nulidad de los contratos, consagrándose en el mismo capítulo á tratar de los efectos de la nulidad. que son distintos según la diversidad de causas de que procede.

Para nosotros, realmente, la nulidad supone un vicio esencial en el contrato; un vicio de origen, que impide la eficacia del contrato, que mata al nacer su vida y desarrollo, que le priva de los resultados que siendo válido, y aun rescindible, desde luego produciría; que imposibilita su existencia. El contrato nulo es un feto no viable, es un fenómeno huero, es un absurdo, es una aberración, es un aborto de la naturaleza de las convenciones.

Ya al comentar el art. 1290, señalamos las diferencias entre la rescisión y la nulidad; la primera, presupone validez; la segunda, implica carencia del *vinculum juris*, inexistencia de relación jurídica que dé vida á ese vinculo. Allá donde se falta á los requisitos indispensables, esenciales, *sine quæ non*, del contrato; allí donde no existe el consentimiento de los contrayentes capaces para otorgarlo, el objeto cierto materia del contrato, y la causa de la obliga-

Digitized by Google

ción que se establezca, expresa ó tácita; allí no hay contrato; lo que con forma de tal contrato se presente es nulo: no puede prevalecer, no puede obligar. Bajo este punto de vista, la nulidad toma un carácter de interés público, y por ello no puede subsanarse por medio de la ratificación ni por la prescripción; cualquier cosa que se haga para dar vida á lo que nunca la tuvo, técnicamente implicará una nueva convención, y sus efectos no deben retrotraerse á la época en que se llevó á efecto un acto esencialmente nulo; por esta razón puede declararse la nulidad hasta de oficio en determinados casos, sin consideración á los perjuicios que pueda haber ocasionado, tan solo porque de vicio de nulidad adolece.

En rigor debían no anularse, sino ser declarados nulos de oficio todos los contratos en que faltasen los requisitos esenciales para su existencia, con expresión de que nunca pudieran producir efecto, ni perjudicar á persona alguna. Y por más que se diga que son también anulables los contratos en los que habiendo concurrido todos los requisitos necesarios á los mismos, estén comprendidos en alguno de los casos prohibidos por la ley, realmente es innecesaria esta tesis; porque lo prohibido por la ley en la convención, en su objeto, ó en su causa, supone una falta de consentimiento legal, una falta de objeto legal, una carencia de legítima causa de obligar; y faltando todo esto, vendremos á parar en que faltará alguno de los requisitos esenciales del contrato, que será nulo desde su origen, y sólo tendrá una aparente y artificiosa existencia sin fuerza legal. Por esto no estamos conformes con la palabra *anulable*, porque parece indicar un sinónimo de *rescindible*; porque parece representar la idea de quitar validez á lo que en alguna ocasión la hubiere tenido; y por esto es para nosotros la verdadera frase técnica *declarar nulo* lo que nulo es y nunca tuvo ni pudo tener valor.

El Proyecto de Código de 1882 propuso un precepto análogo en su art. 1313; y en relación está con los arts. 62, 400, 628, 630, 641, 647, 649, 816, 1081, 1208, 1259, 1261 al 1277, 1301 al 1314, 1316 al 1318, 1334, 1335, 1339, 1460, 1478, 1494, 1583, 1668, 1691, 1795, 1797, 1804, 1817 y 1884 de este mismo Código.

Vemos concordancias en los arts. 1038 del Código de la República Argentina, 2364 del de Guatemala, 1681 del de Chile, 1779 al 1781 del de Campeche, 1520 del del Uruguay, 1779 al 1781 del de Mexico, 1304 del de Francia, 2300 del de Italia, 1304 del de Bélgica, 687 del de Portugal y otros.

Art. 1301. La acción de nulidad sólo durará cuatro años.

Este tiempo empezará á correr:

En los casos de intimidación ó violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, ó dolo, ó falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Digitized by Google

Cuando la acción se dirija á invalidar contratos hechos por mujer casada, sin licencia ó autorización competente, desde el dia de la disolución del matrimonio.

Y cuando se refiera á los contratos celebrados por los menores ó incapacitados, desde que salieren de tutela.

Igual término señala nuestro Código para ejercitar la acción de nulidad que el que prefija el artículo 1299 para entablar la acción rescisoria: cuatro años. Y como esta debe quedar al prudente arbitrio del legislador, habiendo considerado tal término como razonable nada diríamos, ni hubiéramos confundido lo que es nulo con lo que es rescindible; pero como lo hemos distinguido perfectamente, como no creemos que lo nulo en su origen pueda ser jamás válido, como suponemos que lo que es nulo así debe declararse de oficio desde el momento en que se conoce su vicio de origen, su vicio esencial, de aquí el que nosotros no estemos conformes en que se conceda igual término para ejercitar la acción rescisoria contra lo que necesariamente tuvo que ser válido al constituirse, que para ejercitar la acción de nulidad que debia ser perenne, como imperecedero es el vicio de origen; y pensando así, nos conceptuamos consecuentes con el axioma de que, lo que desde un principio es nulo, jamás puede tener validez. Bien es verdad que se nos dirá que para evitar la inseguridad de la contratación hay que fijar un límite, porque la prescripción es uno de los modos de adquirir admitidos como legales; y porque se tiende hoy á que todo prescriba, posponiendo el extricto derecho á las necesidades de la vida práctica, y lo verdaderamente técnico á la vida de impresión, á la existencia económica; pero esto, que en parte admitimos, como un sacrificio de la verdad moral y del rigorismo del derecho en pro de la estabilidad de la propiedad, no debe admitirse hasta el extremo de confundir los términos de la acción de nulidad con los de la acción rescisoria. El legislador sin embargo así lo ordena, y hay que obedecer la ley; pero dudamos que, dada la lógica separación que en este Código se hace de una y otra acción, pueda sostenerse mucho tiempo esa igualdad de términos, pues equivale á considerar igual una fuerza que pudiera encontrarse para dar vida á un muerto, y el saludable medicamento que se propine para curar una ligera indisposición del hombre más robusto. En cuanto á la época distinta en que deberá empezar á contarse el término para ejercitar esa acción no podemos menos de estar conformes, tratando del asunto en el terreno del derecho constituido, y admitido ya como bueno ese término por el legislador. Están conformes todos los Códigos antiguos y modernos. No puede menos, en los casos en que la nulidad dependa de la intimidación ó violencia, de contarse el plazo desde que ésta hubiera desaparecido; mientras que, cuando la causa proceda de error, dolo ó falsedad, corre el término desde la consumación del contrato, porque en los primeros casos realmente no hubo consentimiento, y

Digitized by Google

por ello, faltando éste, no hubo contrato, (lo cual apoya más la tesis por nosotros sustentada), mientras que en los casos que comprende el cuarto apartado, hubo consentimiento, existió esa base primordial de la convención, del contrato, del pacto, pero no fué verdadera la causa del mismo.

Respecto de la invalidación de los contratos celebrados por mujer casada sin la licencia ó autorización competente, es lógico y natural que el término para ejercitar la acción de nulidad comience el dia de la disolución del matrimonio.

En cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, con relación á los contratos celebrados por los menores ó incapacitados, es también incuestionable que el término no empieza á correr hasta que salen de la tutela, cuyo concepto se ha hecho hasta vulgar, y conocido era de todos bajo el nombre de cuadrienio legal, para la rescisión y la restitución *in integrum*.

Ante el derecho romano, la acción de nulidad podía ejercitarse por el mismo tiempo de las acciones personales, treinta años, á no concurrir la excepción que comprendia la ley 3.ª, tit. 74, lib. 5.º del Código romano. Como excepción podiaoponerse siempre, porque las acciones temporales son perpetuas como excepciones según la ley 5.ª, párrafo 6.º, tít. 4.º, lib. 4.º del Digesto.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1184, y el de 1882, en su art. 1314, propusieron preceptos análogos; y en relación está con los arts. 52, 278, 1263 al 1270 y 1297 de este mismo Código.

Concuerda, hasta cierto punto, y á pesar de la confusión de la rescisión y de la nulidad que en algunos Códigos se ve, con los arts. 1304 del Código de Francia, si bien, como dijimos antes, el término concedido para ejercitar la acción de nulidad ó rescisión (consideradas como sinónimas allí), es de diez años, cuya doctrina tiene entre los franceses perfecta relación con su ley sobre dementes de 39 de Junio de 1838 y confirmada fué por varias sentencias del Tribunal de Casación, entre otras las de 18 de Enero de 1841, 1.º de Diciembre de 1846, 6 de Junio de 1860, etc., etc.

Vemos iguales concordancias en el art. 1304 del Código de Bélgica, en el 2218 del de la Luisiana, en el 1395 del Sardo, en el 1258 del de Nápoles; y análogos principios se sustentan en los arts. 1490 del de Holanda, si bien ya dijimos antes, que el término es de 5 años; 969 del de Vaud, plazo un año; 46 del de Prusia, término 8 dias, desde que se recobró la libertad en los casos de intimidación ó violencia; los arts. 1300 del de Austria, 1317 al 1319 del de Bolivia, 2369 del de Guatemala, 1529 del del Uruguay, 1691 del de Chile, 1300 del de Italia, 687 al 691 del de Portugal, 1304 del de Bélgica, 1750 del de Colombia y otros, que varian algún tanto en sus términos.

Art. 1302. Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal ó subsidiariamente en virtud de

Digitized by Google

ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación ó violencia, ó emplearon el dolo ó produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.

Es natural que tal precepto se haya dado, porque la ley se propone solo proteger y conservar los intereses de los incapaces; por lo tanto, solo éstos han de poder reclamar ó renunciar el beneficio en su favor otorgado.

Respecto de los contratos otorgados por mujeres casadas, varios publicistas, entre ellos Pothier, sostienen que la nulidad es absoluta para todas las partes contratantes; pero si bien lo que es nulo no debia tener validez nunca ni para nadie en rigor de derecho, el Código aquí ha querido imponer un justo castigo al que causó la nulidad, al que con mala fe contrató con un incapaz, al que con su intimidación ó violencia falseó el gérmen del contrato ó vulneró el consentimiento, al que empleó el dolo, ó produjo el error, no puede menos de prendérsele en las torpes mallas que él tendió para perjudicar á la otra parte, contribuyendo á que la relación jurídica propuesta y formalizada adoleciese de vicios de nulidad.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1186, y el de 1882, en su art. 1315, propusieron preceptos análogos, y en relación está con los arts. 65, 1257, 1265 al 1270 de este mismo Código.

Precedentes vemos en las leyes del tit. 21; lib. 1.° de las Instituciones de Justiniano, 13.ª, párrafo 29, tít. 1.°, lib. 18 del Digesto; 6.ª, tit. 14, lib. 1.°, del Código romano, y 7.ª, tit. 16, Part. 6.ª

Concuerda con los arts. 1125 del Código de Francia, 1215 del Sardo, 1788 del de la Luisiana, 1079 del de Nápoles, 1367 del de Holanda, 826 del de Vaud, 1107 del de Italia, 1125 del de Bélgica, 1522 y 1525 del del Uruguay, 1742 del de Colombia, 1683 y 1684 del de Chile, en el que además de conceder la acción de nulidad á aquellos en cuyo beneficio la establece la ley, y de negarla á los culpables de ella, previene que el Juez podrá y deberá además declarar de oficio dicha nulidad, que es precisamente lo que siempre y en todas ocasiones hemos sostenido nosotros; 1049 de la República Argentina; 1786 al 1790 del de Mexico, 1670 al 1676 de la Baja California; 1786 al 1790 del de Campeche; 1576 y 1577 del de Veracruz Llave.

Art. 1303. Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse reciprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

Digitized by Google

El precepto que acaba de expresarse, confirma más y más nuestra humilde opinión expuesta al comenzar este capítulo, y es que realmente á su epígrafe debia haberse adicionado las frases «y de los efectos de la misma,» porque realmente aquí se trata de la nulidad de los contratos y de los efectos de esta misma nulidad, pues no sólo tenemos dentro del mismo capítulo artículos que determinan la nulidad, sino el término dentro del cuál puede accionarse, quien puede ejercitar dicha acción, los efectos de la nulidad, etc., etc.

Así es que algunos Códigos, como el de Veracruz-Llave, bajo el epígrafe de los efectos de la declaración de nulidad, comprende el art. 1583, que es idéntico al que de nuestro Código al presente comentamos; y otros Códigos siguen el mismo sistema.

En cambio, lo tratan casi de la misma manera que el nuestro y bajo análogo epígrafe, los arts. 1312 del Código de Francia, 1487 del de Holanda, 1312 del de Bélgica, 1526 del del Uruguay, 1907 del de Italia, 1052 del de la República Argentina, y muy principalmente los arts. 1794 del de México, 1680 del de la Baja California, 1794 del de Campeche, concordando también con los arts. 1687 del de Chile y 1746 del de Colombia.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1190, y el de 1882, en su art. 1316, propusieron preceptos idénticos, y en relación está con el art. 1290 de este mismo Código.

De manera, que aun que la rescisión y la nulidad son bien diferentes, casi dan el mismo resultado; sin embargo, siempre debe tenerse en cuenta que el contrato declarado nulo, no ha existido civilmente, y lo nulo no puede en tesis general producir efecto alguno; por esto debe haber un reembolso en la integridad de lo que hubiera satisfecho la parte á cuyo favor se hace la declaración de nulidad, y por esto no solo deben restituirse las cosas objeto y materia del contrato, sino los frutos de ésta, y el precio con sus intereses, pues *quod nullum est, nullum producit effectum*; entendiéndose esta regla general sin perjuicio de las excepciones consignadas en los siguientes artículos.

Art. 1304. Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz á restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa ó precio que recibiera.

Esta excepción á la regla anteriormente sentada, obedece al principio consiguado en la segunda parte del art. 1302 de nuestro Código, pues si en él se prescribe que las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron (queriendo así el legislador castigar la mala fe), es natural que no esté obligado el incapaz á restituir, por efecto de esa nulidad en su beneficio declarada, sino en cuanto se enriqueció con la cosa ó precio recibido; lo cual es también muy equitativo, pues nadie puede enriquecerse á costa de otro.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 15.ª, tit. 3.º, lib. 46; 1.ª y 5.ª, párrafo 1.º, tit. 8.º, lib. 26 del Digesto; núm. 206 de *regulis juris*; 1.ª y 2.ª, tit. 38.º, libro 2.º del Código romano; y 17.ª, tit. 34.º, Part. 7.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1191, y el de 1882, en su art. 1317, propusieron preceptos casi idénticos.

Concuerda con los arts. 1688 del Código de Chile, 1527 del del Uruguay, 2226 del de la Luisiana, 1487 del de Holanda, 1266 del de Nápoles, 1404 del Sardo, 1112 del de Francia, 1747 del de Colombia y otros.

Art. 1305. Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa ú objeto del contrato, si el hecho constituye un delito ó falta común á ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, ademas, á las cosas ó precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto á los efectos ó instrumentos del delito ó falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito ó falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado á cumplir lo que hubiera prometido.

Esta excepción sienta también otro principio de equidad digno de encomio por más de un concepto. Prevenir el delito: castigar á los delicuentes cuando el delito se consumó. Esta es la tesis del art. 1305 que nos ocupa. Y esto es lógico y razonable. Si la nulidad proviene de ser ilícita la causa ó el objeto del contrato, esta misma causa ilícita, ese objeto ilícito, envuelve en su existencia la comisión de un delito ó cuando ménos de una falta; pues bien, cuando ambos contrayentes son culpables de su ejecución, ninguno de ellos puede tener acción contra el otro, por razón de un hecho penable, pues si sobre tan fatal como deleznable base se pudiera sostener una acción civil, equivaldria á reconocer la bondad de los hechos ilícitos, á legalizar lo que fuera de la ley se encuentra, á dar un carácter de viabilidad y desarrollo legal á lo que por la ley debe estirparse y perseguirse. Tales hechos tienen su sanción penal enjotro Código, y con arreglo á aquél deben castigarse, lejos de permitirse que de los mismos nazcan acciones civiles. Pero si de la comisión del delito ó de la falta de que nace la ilícita causa ó el objeto ilícito del contrato, sólo es culpable uno de los contratantes, el inocente puede reclamar lo que hubiera dado, y queda exento de cumplir lo que hubiera prometido. De manera que aquí se ve de modo claro que el legislador ha querido castigar á los delincuentes y tender su benéfica mano al inocente, apoyando la buena fe y rechazando la perfidia.

Digitized by Google

Roma comprendio en su legislación esta teoria bajo la genérica frase *causa torpe ó injusta* á que se refiere aquel Código en la disposición del tit. 7.º de su lib. 4.º, y en el tit. 5.º del libro 12 del Digesto, de cuyos precedentes lo tomaron las leyes 47.ª á la 54.ª, tít. 14.º, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1192, y el de 1882, en su art. 1318, propusieron preceptos análogos; y en relación está el articulo que de nuestro Código nos ocupa al presente, con la base 21 de las dictadas para su redacción por la ley de 11 de Mayo de 1888, con el art. 8.º y demás concordantes del mismo, 560 del Código de Comercio, 1.º, 63, 622 y 623 del Código penal con sus concordantes.

Concordancias vemos en los arts. 1782 al 1784 del Código de México, 1668 al 1670 del de la Baja California, 1782 al 1784 del de Campeche, 692 del de Portugal, 1585 del de Veracruz-Llave, teniendo alguna analogia el 1687 del de Chile.

Art. 1306. Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado á virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido.

2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiere dado á virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño á la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

Hechos poco correctos, pero que no han llegado á la torpe esfera del delito ni de la falta; causas que siendo torpes no han descendido á ser de origen criminoso y punible pueden tener lugar; y el legislador trata aquí de la nulidad por tales causas producida, con la parsimonia y prudencia que á su deber incumbe y que á su altísima misión le corresponde. Esto es lo que debia esperarse después de leer los conceptos filosóficos que en la mayoria de sus preceptos envuelve nuestro Código, tan combatido por muchos de los que no lo han leido.

Causa torpe puede haber que no constituya delito ni falta; que afecte á la moral y á las buenas costumbres, y que por ello haya que tratarla de un modo especial. Por eso nuestro Código previene en la primera regla de este art. 1306, que si son culpables ambos contratantes, si los dos por actos voluntarios y expontáneos de su voluntad convergiendo hacia un fin dado han convenido en una causa torpe, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado á virtud ó

Digitized by Google

como consecuencia de aquel contrato con causa torpe, ni puede tampoco reclamar el cumplimiento de lo que por el mismo el otro hubiera ofrecido.

Roma, en su legislación, distinguia tres casos; el de la torpeza en los dos contratantes ó contrayentes, el de torpeza en el que dá y el de torpeza en el que recibe, (ley 1.ª, tit. 5.°, lib. 12 del Digesto). *Aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis*; *aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis*; *aut utriusque*. Y de esta ley tomó sus preceptos la ley 47, tit. 14, Part. 5.ª

En el primer caso, el que dá por torpe causa no puede repetir contra el donatario, pues realmente mayor derecho tiene en la cosa donada por causa torpe el poseedor de la cosa que el que la dió, cuando ambos estan conformes en la torpeza de la causa; asi como existiendo idéntica causa ha de ser de mejor condición el que trata de *damno vitando* que el que se propone *lucro captando*. Asi es que la donación hecha por un acto de torpeza á una mujer pública, según la ley 4.ª, párrafo 3.°, tit. 5.°, lib. 12 del Digesto, no puede repetirse; é igual doctrina sostiene la ley 53.ª, tit. 14, Part. 5.ª; pues se parte del principio de que solo hay torpeza de parte del que dá; y aunque algunos tratadistas pretenden demostrar que también hay torpeza por parte de la mujer pública en recibir, no se deducia asi de los textos de las leyes citadas.

Sin embargo, nuestro Código entiende que en tal caso la torpeza existe por ambas partes, y según la regla 1.ª del articulo que comentamos, ninguna mujer pública podrá reclamar lo que se le hubieren ofrecido por un acto torpe é inmoral; aun cuando algunos aleguen en contra un verdadero sofisma, pues no es verdadero argumento legal ni razonable el que la vida publica de la mujer esté permitida y reglamentada, como lo estuvo en Roma, porque realmente esa tolerancia y esa reglamentación higiénica no significa que sea moral y que ante los Tribunales deba prevalecer ese asqueroso comercio; significa solo que no pudiendo las leyes civiles prohibir, lo que difícil fuera justificar, si tiene su origen en los impulsos de la naturaleza ó del cinico negocio; que no alcanzando las leyes civiles allá donde la moral es y debe ser la exclusiva reguladora, la ley civil sin prohibir ciertos actos de la vida intima, porque no pueda prohibirlos, como no puede prohibir que el arbol brote y que el rosal florezca, en cuanto esos actos trascienden á la vida social, en cuanto se esteriorizan con escándalo público, tiene que perseguirlos, y en cuanto sus malas consecuencias puedan destruir la salud y el bienestar de los pueblos, tiene que reglamentarlos, porque de no hacerlo asi, los resultados de lo inevitable racionalmente serian fatales y los encargados de regir los pueblos y la sociedad misma está en el deber de evitar las desastrosas consecuencias de ciertos actos inevitables en absoluto.

Por esto, pues, aunque reconozcamos la inmensa diferencia que existe entre lo permitido y lo prohibido, de que algunos ilustres escritores se ocupan con la mayor lucidéz, no podemos menos de sostener que lo que muchas veces

Digitized by Google

la necesidad ó la naturaleza obliga á tolerar, aunque fuese laudable su inesistencia, y que tolerado se reglamente en lo posible, no puede llevarse á la esfera del derecho por la sola razón de no estar prohibido por las leyes, pues hay cosas que sin esa prohibición expresa, las rechaza la moral y el derecho, no puede cobijar bajo su manto lo que fuera de su base, fuera de la moral, está.

La causa torpe, por lo tanto, á cuya existencia han contribuido ambos contrayentes imposibilita á éstos de ejercitar acción alguna que de aquella pudiera derivarse, uno contra otro.

La segunda regla del artículo que comentamos es también razonable y justa; si solo uno de los contrayentes es culpable de la existencia de aquella torpe causa, el inculpado de nada debe responder, en nada debe ser perjudicado.

De este caso, los romanos y nuestro antiguo derecho, hacian dos; torpeza tan solo del que dá; torpeza solamente del que recibe; ó como dice el Digesto: *Quoties autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse, cel uti, si tibi dedero, ne mihi injuriam facias*, (ley 4.ª, párrafo 2.º, tit. 5.º, lib. 12 de dicho cuerpo de derecho) de cuyo texto lo tomó la ley 47.ª, tit. 14, Part. 5.ª, presentándose en esta disposición varios casos bajo la base de que hay gran torpeza en recibir precio por hacer lo que, según derecho, está uno obligado á hacer, ó por no hacer lo que por si mismo está obligado naturalmente á guardarse de haçerlo, presentándose como ejemplos del primer caso el del depositario, comodatario y arrendatario que recibe algo por devolver la cosa y que no quiere devolverla sin esa gratificación indebida, y exponiendo también como ejemplos del segundo caso los que reciben algo por no hurtar, no matar, etc., ó sea por no hacer lo que la ley prohibe ó lo que según el derecho no puede hacerse.

Las leyes 53 y 54, tit. 15, Part. 5.ª, como la romana antes citada, al tratar de la torpeza tan solo en el que dá, pone el ejemplo de lo dado á la mujer pública ó de lo que un culpable entrega á otro para que no le descubra.

Además de los precedentes indicados, como tal puede considerarse el número 154 de *regulis juris*, y en relación está el precepto que nos ocupa con lo prescrito en los arts. 1271 y 1275 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1193, y el de 1882, en su art. 1319, propusieron preceptos análogos, viéndose concordancias en los arts. 1785 y 1786 del Código de México, 1671 y 1672 del de la Baja California, 1785 y 1786 del de Campeche y 1586 del de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro.

Art. 1307. Siempre que el obligado por la declaración de nulidad á la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que

Digitized by Google

tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

Es tambien de buen sentido el precepto contenido en el artículo que acabamos de consignar, y tan claro en su expresión, que no necesita comentarios, mucho menos si se tiene en cuenta que obedece á los mismos principios anteriormente explicados y que es precisamente una consecuencia ineludible de los mismos; pues efectivamente, cuando á pesar de la pérdida de la cosa se da lugar á la nulidad del contrato, necesariamente el precio se subroga en lugar de la cosa, y no puede ser otro el que esté obligado á dicha subrogación que aquél que la tenia al tiempo de su pérdida, porque de no perderse, la cosa se hubiera entregado por él en el estado en que entonces se encontrase, razón por la cual debe reintegrar en su lugar el valor que la cosa tenia cuando se perdió, con los intereses de la misma desde aquella fecha.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1194, propuso preceptos análogos, y el de 1882, en su art. 1320, proponia un precepto idéntico al del artículo que de nuestro Código nos ocupa.

Alguna relación tiene ó analogia muestra más que concordancia, con nuestro Código el de la República Argentina en sus arts. 1053 al 1055; y concuerda realmente el que comentamos con los arts. 1587 del Codigo de Veracruz-Llave, 1794 del de Mexico, 1680 del de la Baja California y 1794 del de Campeche.

Art. 1308. Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello á que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido á cumplir por su parte lo que le incumba.

El precepto que acaba de consignarse, no sólo es de buen sentido, sino que obedece á idénticos principios que los que informan la perfección y la consumación de un contrato. Así se ve que, perfeccionado el contrato de venta, el comprador no está obligado á pagar el precio mientras el vendedor no entregue la cosa vendida; pues de la misma manera cuando esa compraventa se anule, el vendedor no estará obligado á reintegrar el precio al comprador, mientras éste no le devuelva la cosa que fué objeto del contrato, pues en todo contrato bilateral, ó sinalogmático, como le llaman algunos, del cual necesariamente se desprenden derechos y obligaciones reciprocos, el que no cumple su obligación, no puede tener derecho á exigir el cumplimiento de la suya al otro contratante. Todo esto sin perjuicio de las reglas generales ya establecidas al tratar de las obligaciones sobre la responsabilidad del que por su culpa pierde ó distrae las cosas que en su poder no debian estar con arreglo á derecho.

Digitized by Google

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1195, y el de 1882 en su art. 1321, propusieron preceptos análogos; y, aunque sin verdaderos precedentes, puede considerarse relacionado el artículo que nos ocupa con los preceptos de las leyes 31.ª, tit. 1.º, lib. 12; 13.ª 25.ª y 27.ª, tit. 1.º, lib. 21 del Digesto, y con la ley 17, tit. 34, Part. 7.ª.

Vemos concordancias y casi preceptos idénticos, en los arts. 1588 del Código de Veracruz-Llave, 1796 del de México, 1682 del de la Baja California, 1796 del de Campeche, 1052 del de la República Argentina, encontrándose alguna analogía con el párrafo 2.º del art. 1687 del Código de Chile.

Art. 1309. La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente.

Este precepto parece confundir la nulidad con la rescisión según antes indicamos, conceptos jurídicos que á nuestro parecer son bien distintos; y diferentes son también por lo que expresan algunos Códigos extranjeros, muy especialmente el de Italia, en su art. 1310, pues en efecto, según en éste se preceptúa, no se podran subsanar con ningún acto confirmativo los vicios de un documento que sea nulo en absoluto por falta de formalidades intrinsecas; y nosotros creemos que si lo contrario sucede, no habrá una verdadera nulidad sino una mera rescisión, la cual presupone siempre la validez del acto, pues lo que en su origen es nulo, no puede tener validez, como repetidas veces hemos dicho: y la escuela italiana, aún tratando en su Código bajo un mismo epígrafe de la *nulidad* ó *rescisión* (como allí se dice), viene á corroborar nuestra opinión en su art. 1309, desde el momento en que se previene que el acta de conformidad ó ratificación de una obligación contra la cual la ley admita la acción de nulidad, no será válida si no contiene la sustancia de la misma obligación, el motivo que la hace viciosa y la declaración de que se quiere corregir el vicio en que se funde dicha acción de nulidad. En una palabra, que esta manera de ratificar es una nueva obligación, un nuevo contrato, una relación jurídica que nace en el momento de efectuar eso que quiere dársele el nombre de ratificación (como si pudiera ratificarse lo no existente ó lo que no se ha dicho) y que en rigor de derecho no puede producir efectos jurídicos sino desde que se crea el vínculo válido, ó sea desde la verdadera convención ó convergencia de voluntades para un objeto dado con todas las condiciones esenciales de los contratos.

Tiene sus precedentes en las leyes 2.ª y 4.ª, tít. 20; 1.ª y 2.ª, tít. 46, lib. 2.º del Código romano; 15.ª, tit. 2, Part. 4.ª; 28.ª, tit. 11, y 49.ª, tit. 14, Part. 5.ª; y en relación está con los arts. 62 y 1208 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1187, y el de 1882, en su art. 1322,

Digitized by Google

proponian preceptos análogos, comprendiendo el primero de dichos Proyectos más número de prescripciones que el que de nuestro Código nos ocupa, y apreciando el concepto jurídico de la ratificación más extensamente, pues envolvia en él no solo la ratificación juridicamente considerada, sino el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma ó solemnidad.

Vemos concordancias en los arts. 1580 del Código de Veracruz Llave, 1793 del de México, 1679 del de la Baja California, 1793 del de Campeche, 1059 del de la República Argentina, 1492 del de Holanda, 1311 del de Francia, 696 del de Portugal, 2366 del de Guatemala, 1696 del de Chile y 1532 del del Uruguay; debiendo hacerse presente que el articulo citado de la República Argentina define la confirmación de los actos nulos ó anulables, expresando que es el acto juridico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto á una acción de nulidad: que el del Uruguay y el de Chile son cuasi iguales entre sí; y que, á excepción de los cuatro primeros citados, todos los demás en rigor no contienen verdaderas concordancias sino meras analogías, como sucede con el de Belgica, idéntico al de Francia, hasta en el articulado, y con el de Italia, en su art. 1309; pero de todos ellos se deduce, como nota saliente, que la ratificación ó ratihabicion, equivale en términos forenses á contraer de nuevo la obligación anterior, y debe esta ser considerada como sino se hubiera contraido hasta entonces. La ratificación es la expresión técnica por la cual una persona afirma y corrobora los actos que otra ha ejecutado á su nombre sin haber recibido el mandato correspondiente ó la corroboración de sus propios actos válidos y existentes.

Art. 1310. Sólo son confirmables los contratos que reunan los requisitos expresados en el art. 1261.

El precepto de este artículo viene á corroborar nuestra opinión tantas veces emitida. Conforme con el axioma jurídico de que lo que desde un principio es nulo jamás puede tener validez, siéntase aquí otro principio que es verdadera y lógica consecuencia del que acabamos de enunciar; es decir, que no son confirmables más que aquellos contratos que reunen los requisitos indispensables, esenciales de toda convención, de toda libre y expontánea relación juridica para objeto determinado y cierto con causa de obligar; pues faltando los requisitos esenciales para la validez de todo contrato, ó sea el consentimiento de los contratantes capaces, el objeto cierto materia del contrato y la causa de obligación que se establezca, no hay contrato como previene perfectamente el art. 1261 de nuestro Código; y no teniendo existencia ese contrato *non nato*, por falta de requisitos esenciales, no puede confirmarse, porque material y metafisicamente es imposible confirmar más que lo existente.

Digitized by Google

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1323, propuso un precepto idéntico.

No hay que esforzarse en buscar verdaderos concordantes en los Códigos extranjeros, porque realmente existen pocos; la razón es obvia y no necesita demostrarse, desde el momento que se ve en la mayoria de los Códigos una lamentable confusión. Sin embargo, hay algo en varios Códigos modernos que presupone la existencia de este razonable principio; así vemos en el art. 1522 del Código del Uruguay, que después de prevenir que el Juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta, preceptúa que esta nulidad no podrá subsanarse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años; y luego en el art. 1531 del mismo Código, parece sostenerse la misma tésis, desde el momento que al determinar que puede ser expresa ó tácita la ratificación necesaria para subsanar la nulidad, nos dice: *cuando el vicio del acto ó contrato es susceptible de este remedio*; luego hay vicios que no son susceptibles de subsanarse por la ratificación ni de ninguna manera, pues evidente es, que la falta de consentimiento es insubsanable, y como sin él no hay contrato, el dia que se presta, no puede decirse técnicamente que se ratifica, sino que se realiza la convención. Y esto mismo se deduce de los preceptos contenidos en los arts. 2359, 2366 y 2367 del Código de Guatemala, en los 1060 y 1061 del de la República Argentina, en los 1577 al 1579 del de Veracruz-Llave, en los 1791 al 1793 del de México, 1677 al 1679 del de la Baja California, 1791 al 1793 del de Campeche, 1693 y 1694 del de Chile; teniendo verdadera concordancia el art. 1310 que de nuestro Código comentamos con el art. 1310 del Código de Italia, que ya anteriormente citamos en apoyo de nuestra opinión, contraria á la ratificación de lo que es esencialmente nulo.

Art. 1311. La confirmación puede hacerse expresa ó tacitamente. Se entenderá que hay comfirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho á invocarla, ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Es tan claro el precepto de este artículo que no necesita comentarios, pues se comprende sin más que su simple enunciación. El lenguaje gramatical corresponde aquí al tecnicismo jurídico, y nosotros no hemos de ofender á nuestros lectores sospechando siquiera que hayan olvidado lo que todos conocen perfectamente.

Pero este precepto no solo se propuso ya en el art. 1324 del Proyecto de 1882, sino que tiene verdaderos precedentes, y más que concordancias, identidades en los arts. 1061 del Código de la República Argentina, 1309 del de Italia, 1338

Digitized by Google

del de Francia, 1693 y 1695 del de Chile, 1338 del de Bélgica. 1531 del del Uruguay, 1451 del Sardo, 2252 del de la Luisiana, 1793 del de México, 1679 del de la Baja California, 1793 del de Campeche, y otros.

Art. 1312. La confirmación no necesita el concurso de aquél de los contratantes á quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad.

También es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse, por cuanto el que no tenia derecho á ejercitar la acción de nulidad, se presume que para él no habia vicio esencial, no existia falta de consentimiento, sino que por el contrario, habia dado ya anteriormente su adhesión á la confirmación, desde el momento en que el acto se celebró.

Queda con este artículo ampliado el concepto que envolvian varias leyes del tit. 14 de la Part. 5.ª; é idénticos preceptos vemos propuestos en el artículo 1325 del Proyecto de Código de 1882.

Concuerda con los arts. 1064 del Código de la República Argentina, 1696 del de Chile, 1532 del del Uruguay, casi igual al anteriormente citado, y otros.

Art. 1313. La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.

Admitido el principio tenian que admitirse sus consecuencias. Si la confirmación de un acto le da validez, es evidente que le purifica de los vicios de que adoleciera desde su celebración; porque de no ser asi, no habria convalidación. Pero cuando una persona confirma en su mayor edad, la venta de bienes raices efectuada durante su minoridad, esta confirmación no tiene efecto respecto de un tercer adquirente, al cual, el que era menor hubiese traspasado aquella propiedad siendo mayor y antes de la confirmación de la primera venta, porque la confirmación no puede tener efecto retroactivo en perjuicio de terceros. Los acreedores personales tendrán derecho para hacer revocar la confirmación que se hubiere efectuado en fraude de sus derechos, estando insolvente el deudor.

En relación perfecta el artículo que comentamos con el art. 1208 de este mismo Código, parece una copia de lo que propuso el Proyecto de 1882 en su art. 1326. Vemos bastante concordancia con los arts. 1338 y 1340 del Código de Francia, 1309 y 1311 del de Italia, 1338 y 1340 del de Bélgica, 1065 del de la República Argentina, 1451 del Sardo, 2252 del de la Luisiana, y otros.

Digitized by Google

Art. 1314. También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo ó culpa del que pudiera ejercitar aquélla.

Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, á menos que hubiese ocurrido por dolo ó culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.

Extínguese la acción de los contratos cuando la cosa determinada, objeto de los mismos, se pierde por dolo ó culpa del que tiene facultad para ejercitar dicha acción de nulidad.

Cosa cierta ha de ser, y determinada, la á que se refiere el primer apartado de éste artículo, puesto que la cantidad y el género nunca perecen. De modo que si se tratase genéricamente ó en abstracto de un perro ó de un caballo, ú otra cosa indeterminada, no se extinguiria la acción de nulidad; si bien hasta las cosas fungibles pueden pasar á ser especies ó cuerpos determinados por la designación del lugar: *Pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecis est*, (ley 30, lib. 30 del Digesto). *Si certos nummos, puta qui en arca fuit, stipulatus sim, et hi sena culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur*; (ley 37, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto).

Ya lo hemos dicho antes, para que haya contrato válido, indispensable es la existencia de materia ú objeto del mismo; si la cosa perece, extínguese necesariamente la obligación; y si se pierde por culpa ó por dolo del que pudiera ejercitar la nulidad del contrato, no puede menos de extinguirse la acción de nulidad.

En cambio si causa de la acción de nulidad fuera la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será un obstáculo para que la acción prevalezca, á no ser que después de haber adquirido la capacidad, la pérdida hubiera tenido lugar por dolo ó culpa del reclamante.

Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus, (núm. 19 de *Regulis juris*, ley 48, tit. 1.°, lib. 46 del Digesto). No puede suponerse otra cosa: ordinariamente se sabe con quien se contrata, y por lo tanto, al contratar con un incapaz, ó hay malicia si se hace á sabiendas, ó hay culpa si se ignora: y por ello con malicia ó con culpa, responsable es de sus actos el que con un incapaz contrata, no pudiendo culpar á nadie de que el incapaz nunca quede obligado mas que en aquello que puede enriquecerse por dicho contrato *(in quantum locupletior factus est)*, de lo cual incumbe la prueba á su contrario, ó sea al que contrajo con capacidad, (leyes 1.ª y 2.ª, tit. 38.°, lib. 2.° del Código romano); fundándose el favor que al incapaz se le concede en que por regla general existe la presunción de que no sabe cuidar de sus cosas, y realmente

Digitized by Google

no se vería favorecido si se le hiciese responsable de la pérdida de la cosa objeto del contrato, y mucho más si extinguiese por ello la acción de nulidad, á menos que esa culpa ó ese dolo en la pérdida de la cosa, del que tuviera derecho de ejercitar la acción de nulidad por incapacidad, tuviera lugar después de haber adquirido la capacidad.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1188 y el de 1882 en su art. 1327, propusieron preceptos análogos, sobre todo el último; y en relación está el que comentamos con los arts. 1101 al 1104, 1182 y 1263 de este mismo Código.

El Tribunal Supremo sentó la doctrina que se deriva de los preceptos que comentamos en diferentes sentencias, de las que pueden citarse las de 5 Enero de 1883, 5 Marzo y 13 Mayo del mismo año.

TÍTULO III.

Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

CAPITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1315. Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

El régimen de la familia es uno de los asuntos que más ha preocupado á todos los legisladores, y por ello la Comisión de Códigos comprendiendo su importancia, ha dedicado este título á establecer en primer lugar las disposiciones generales que como base principal de los contratos celebrados con ocasión del matrimonio, imprimen cierto carácter á la organización de esa base del orden social, y ha cuidado de garantir por igual todos los intereses que dentro de esa sociedad puedan crearse y sostenerse. Y como la sociedad familia no es ni

Digitized by Google

puede ser hoy lo que era en la antigüedad, y como la organización de esa familia nace bajo diferentes auspicios que los que dominaron cuando se constituyó la antigua familia, de aquí el que nuestro Código teniendo en cuenta el nuevo orden de cosas y lo establecido en las bases 22.ª á la 25.ª, que en la ley 11 Mayo de 1888 se consignaron para la redacción de este Código, ha hecho un estudio particular de la materia, viniendo á introducir grandes é importantísimas innovaciones en la legislación castellana hoy ya histórica, que, procediendo del Fuero Juzgo, asociaba forzosamente y sin convención por parte de los contrayentes á ambos cónyuges, sujetándoles á las reglas y preceptos de una sociedad que ellos no habían paccionado; é introduciendo en el derecho vigente los principios más razonables de las legislaciones forales, y muy principalmente de la aragonesa que en absoluta libertad deja á los cónyuges para pactar lo que por conveniente tuvieren, entendiéndose solo que se unen bajo el régimen de sociedad de gananciales cuando nada en contrario se hubiese concertado.

Poco hemos de decir acerca de los diferentes sistemas que se han seguido al tratar de la constitución del patrimonio familiar, pues solo como recuerdo histórico de tales sistemas, sobre todo de dos de ellos, pueden apuntarse algunas ligeras indicaciones para demostrar las diferencias de unos y otros y para justificar más y más la razón de ser del sistema de libertad acordado por la comisión de Códigos y sostenido en el hoy vigente que comentamos.

Bajo el sistema romano, ó sea el dotal ó régimen de separación de bienes, obligábase á la mujer á contribuir con su dote á la constitución del patrimonio familiar, sin que se le concediesen todos los derechos y toda la participación que en dicho patrimonio debiera tener lógicamente, siguiendo el inconcuso principio de la reciprocidad de derechos y obligaciones.

El segundo sistema que en el orden histórico vino á presentarse, fué el germánico, conocido también por sistema de gananciales ó régimen de comunidad de bienes, que obliga al marido á dotar á la mujer, considerando á ésta como asociada á su esposo y asegurándole una participación en las conquistas ó ganancias del patrimonio familiar.

Y el tercer sistema, que es el mas racional, deja en libertad á los cónyuges para arreglar por pactos ó convenciones comunes sus intereses, adoptando el régimen que mejor les pareciere, sin obligar á la mujer á la aportación de dote ni al marido á darle arras, y sin crear una sociedad forzosa y obligada entre los contrayentes.

Pues bien, hechas someramente estas indicaciones que de reminiscencia pueden servir de la historia de nuestro derecho en esta materia, hemos de manifestar tan solo que ni el sistema romano ó dotal consignado en nuestras Partidas, ni el germánico ó ganancial implantado en nuestro derecho por el Fuero Juzgo, pudieron con sus antitéticos preceptos llenar las necesidades del ma-

Digitized by Google

trimonio como contrato, ni atendieron al desarrollo conveniente de la nueva familia nacida en ese doble vínculo que, teniendo mucho de santo y mucho de mundano, viene ante la moral á ser la base de toda sociedad bien organizada, y ante el derecho civil á servir de fundamento á esa misma sociedad, á dar estabilidad á la riqueza pública y á unir fuerzas para el trabajo y para el fomento de la producción nacional, que, disgregadas, se perderían en la inacción y no complementarian las diversas misiones que ante la sociedad el hombre y la mujer tienen impuestas.

Por esto, y siendo consecuente el legislador con los principios ya sentados de la libertad de la propiedad, no ha podido menos de sentarse aquí el sistema de libertad al constituirse esa relación jurídica, admirable y santa llamada matrimonio, en la que los contrayentes hacen converger su libre y espontánea voluntad hácia un objeto dado, el del cumplimiento de los fines del matrimonio, con la causa cierta que en el mismo siempre debe concurrir, y para extender la esfera de acción de dos inteligencias unidas con el mismo objeto, de dos fuerzas dirigidas á un mismo fin, de sus capitales y de sus trabajos encaminados á imprimir el mismo movimiento.

El artículo que encabeza este título prescribe que los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo; esto implica que ambos contrayentes tienen la facultad de otorgar ó nó esas capitulaciones; de manera que de la restricción completa en la constitución familiar se ha pasado á la más absoluta libertad dentro de lo racional, y sosteniendo la dignificación de la mujer que ésta alcanzó por el cristianismo, viene á separarle de aquella esclavitud del derecho romano, al propio tiempo que de aquella sociedad puramente mercantil forzosa y arbitraria creada por el derecho germano. Pero es más, dentro de esa potestad de otorgar capitulaciones matrimoniales, establece también nuestro Código la de estipular las condiciones de la sociedad conyugal con relación á los bienes presentes y futuros, sin mas limitaciones que las que se prefijan en este mismo Código. Así es que tal precepto brinda á los cónyuges con las ventajas de una asociación común, sin sujetarles á que la establezcan al contraer el vínculo matrimonial.

Mas como pudiera suceder que dada esta misma libertad no se estableciera contrato sobre los bienes con ocasión de matrimonio, el segundo apartado del art. 1315 que nos ocupa, viene á preceptuar que, cuando no hubiere ese contrato, entenderse debe contraido el matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales; con lo cual viene á determinarse en el artículo que comentamos que además de la unión entre marido y mujer existente desde el momento en que, con arreglo á las leyes religiosas y civiles se realiza el enlace de aquellas dos personas que confundirse quisieron formando la entidad matrimonial y creando una familia, el nuevo sistema adoptado por nuestro Código sostiene y autoriza dos asociaciones entre los cónyuges, la sociedad conyu-

Digitized by Google

gal hija de la convención entre los mismos, y la sociedad legal que, en defecto de ese pacto, entiende el legislador formada tácitamente á falta de la primera, desde que se constituye el matrimonio.

Pero tratándose como se trata en el artículo que comentamos de las capitulaciones matrimoniales, hemos de indicar siquiera lo que generalmente por capitulaciones matrimoniales se entiende, que no es otra cosa que el acto por el cual dos personas que tienen convenido el matrimonio se conciertan acerca del modo de regirse la sociedad conyugal en cuanto á los bienes.

Las capitulaciones matrimoniales tuvieron su origen y desarrollo en nuestra patria precisamente en las regiones aforadas donde más libertad disfrutan en punto á la sucesión; y si bien Cataluña es una de las comarcas que en primer lugar gozaron de aquella libertad, como por sus costumbres se niega generalmente á la mujer toda participación en las ganancias del marido, y por derecho se sigue el régimen dotal puro, de aquí el que, huyendo el legislador de caer de nuevo en los sistemas antiguos cuya restricción cuadra mal con las necesidades de la época que atravesamos, ha dado preferencia al sistema de verdadera libertad seguido en Aragón. Mas no hemos de extendernos en consideraciones sobre esto, porque debiendo tratar la misma tesis ante el derecho foral, no haríamos más que adelantar conceptos relativamente á esta materia que ha de ocuparnos en el lugar oportuno bajo el estudio de las legislaciones forales.

El Proyecto de Código de 1851 en sus arts. 1235 y 1236, propuso preceptos análogos, si bien debe advertirse que están invertidos los términos, puesto que en el art. 1236 es donde se preceptúa la facultad que los cónyuges tienen de celebrar capitulaciones matrimoniales, y en el 1235 se prevenía que los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, á falta de pacto expreso en contrario.

Concordancias vemos en los arts. 1387, 1392, 1393 y 1400 del Código de Francia, 1096 y 1097 del de Portugal, 174 y 194 del de Holanda, 1085 y 1042 del de Vaud, 2305 y 2312 del de la Luisiana, 1508 del Sardo, 1341, 1346 y 1347 del de Nápoles, 1658 y 1659 del de Veracruz-Llave, 32 del Bávaro, 345 del de Prusia, 1233 del de Austria, 1715 y 1718 del de Chile, 1899 y 1902 del del Uruguay, 1423 del de Bolivia, 1387, 1393 y 1400 del de Bélgica, 2130 del de México, 1996 del de la Baja California, 2130 del de Campeche, 1185 y 1186 del de Guatemala, en relación con el 1096 y 1154 del mismo, y 1217 del de la República Argentina.

Art. 1316. En los contratos á que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia á los futuros cónyuges.

Digitized by Google

Toda estipulación que no se ajuste á lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula.

Sentado ya el principio que anteriormente quedó expuesto de que en general las convenciones y los contratos contrarios á la moral, á las leyes y á las buenas costumbres, no pueden tener fuerza ni valor, nada hay que adicionar ante precepto tan laudable como inconcuso. El Digesto, en su ley 5.ª, tit. 4.º, lib. 23, contenia disposiciones análogas presentando algunos ejemplos; y la ley 3.ª, tit. 20, lib. 6.º del Código romano declaraba nulo el pacto matrimonial por el que la hija se contentaba con la dote y renunciaba á la sucesión á la herencia paterna.

En cuanto á no admitirse tampoco nada depresivo para los futuros cónyuges, es una consecuencia de lo anteriormente expuesto, porque la depresión para los cónyuges contraria es á las buenas costumbres, al decoro y al buen orden social tan intimamente relacionado con el de la familia. Por lo tanto, nulo seria el pacto que constituyese á la mujer en jefe y cabeza de familia, ó la autorizase para obrar sin licencia marital en los casos previstos por la ley, pues además de conculcarse un principio de orden moral conocido en extremo, se faltaria en el orden juridico á los preceptos que deben regular toda sociedad bien organizada, en la cual debe haber un gerente que gestione lo necesario para el desarrollo de su vida normal, un director que la imprima carácter y una inteligencia que la dirija; pues bien, en la sociedad familiar, ese gerente, ese director, esa inteligencia, es y no puede ser otro que el marido, porque sus hábitos, su naturaleza, su carácter, su fuerza material y moral, su educación y su manera de ser le obligan á ello, pues absurdo y ridiculo seria que, cambiando la naturaleza de las cosas, fuese la mujer á dedicarse á llevar el peso de la sociedad conyugal, se expusiese á los azares de la vida pública y social, adquiriese sus grandes responsabilidades, rompiese su delicadeza espiritual y amortiguase su pudor, para que el hombre quedase tranquilo en su casa cuidando de sus hijos ó arreglando los pliegues de su bata. Esto es una utopia, y como tal, insostenible. Esto no lo quiere nuestro Código, y por ello pueden vivir tranquilos, los que parecen alarmados por sus preceptos, y que suponen que solo siendo letra muerta sus disposiciones, podrá evitarse que la mujer exija de su marido una abdicación vergonzosa de sus facultades, un cobarde incumplimiento de sus deberes.

Precedentes en parte, nos proporciona el Digesto en el tit. 4.º de su lib. 23, de *pactis dotalibus*, al que corresponde el tit. 14, lib. 5.º del Código romano; y las leyes 5.ª, tit. 4.º, lib. 23 del Digesto; y 3.ª, tit. 20, lib. 6.º del Código romano en lo relativo á que no sean los pactos contrarios á la ley y buenas costumbres.

El Proyecto de 1851, en su art. 1239, propuso preceptos análogos; y en relación está con los arts. 826 y 831 de este mismo Código.

Digitized by Google

Vemos concordancias en los arts. 1218 del Código de la República Argentina, 1387 y 1388 del de Francia, 1379 y 1380 del de Italia, 1387 y 1388 del de Bélgica, 1423 del de Bolivia, 194 al 198 del de Holanda, 1109 y 1104 del de Portugal, 2305 al 2307 del de la Luisiana, 1042 al 1044 del de Vaud, 1899 al 1901 del del Uruguay, 1717 del de Chile, 2126 del de Mexico, 1992 del de la Baja California, 2126 del de Campeche, 1771 y 1774 del de Colombia, previniendo estos en su mayoría, como el italiano, que los esposos no podrán derogar los derechos que corresponden al jefe de la familia, ni aquellos que atribuye la ley á uno ú otro de los cónyuges, ni las disposiciones prohibitivas, ni podrán hacer ningún contrato ó renuncia que tienda á cambiar el orden legal de las sucesiones.

Art. 1317. Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán á los fueros y costumbres de las regiones forales y no á las disposiciones generales de este Código.

La tendencia de este artículo se ve claramente que es la de limitar el círculo dentro del cual las legislaciones forales hayan de regir con tendencias al cumplimiento del precepto constitucional, donde se prescribe que unos mismos Códigos regirán dentro la monarquía.

Hoy que la transigencia de nuestro Código con todo lo que de razonable tienen las legislaciones forales, llega al extremo de que se reconoce á cada país foral su propia legislación, muy especialmente á Cataluña, en la que todos saben quedan los Fueros en su integridad y solo se introducen como de observancia las disposiciones del título preliminar, y las del título cuarto del libro primero de este Código, dando en lo demás como supletorio de sus supletorios para este país las otras disposiciones del Código; hoy que en Aragón y en las Islas Baleares se imponen las prescripciones de este Código en cuanto no se opongan á aquellas de las disposiciones forales y consuetudinarias que vigentes están actualmente, el artículo que comentamos no significa precisamente una oposición radical y enérgica al sistema foral como se veía en el precepto propuesto en el art. 1237 del Proyecto de 1851, sino que tan solo ha venido á determinarse lo que en el art. 1317 de nuestro Código se prescribe para evitar la confusión que se produciría si el que vive en Andalucía ó en Galicia pretendiera introducir en las capitulaciones matrimoniales la legislación foral de Aragón ó Cataluña, pues esto, aún prescindiendo del laberíntico embrollo que llevaría consigo sería contrario á los principios generales de la filosofía del derecho y á las reglas establecidas acerca de los estatutos real, personal y for-

Digitized by Google

mal, porque es evidente que lo mismo tratándose de españoles que se avecindan en el extranjero, como de aforados que se establecen en territorio común, allí donde viven y donde perciben las ventajas de su modo de ser, es donde deben observar al realizar sus contratos la ley del territorio, la ley personal y la ley formal.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1237, ocupábase de este particular en el sentido ya expuesto, y en relación está el precepto que al presente comentamos, no solo con las bases 2.ª, 22.ª y 27.ª de la ley de 11 Mayo de 1888, sino con los arts. 4.°, 10, 12, 14, 15 y 1976 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1390 del Código de Francia, 1381 del de Italia, 1390 del de Bélgica, 1426 del de Bolivia, 198 del de Holanda, 1045 del de Vaud y otros.

Art. 1318. El menor, que con arreglo á la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas, si á su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor á fin de contraer matrimonio.

En el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo á la ley, se entenderá que el menor lo ha contraido bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Contiene este artículo dos preceptos, el primero de los cuales se funda en que encontrándose el menor en condiciones excepcionales bajo las cuales necesita, para complementar su personalidad, para otorgar contratos, que presten su asentimiento al contraer el matrimonio los encargados de su guarda, estos mismos cuando no están bajo la patria potestad dichos menores, son los que necesariamente han de dar ese consentimiento para el matrimonio; y como consecuencia de esto han de concurrir al otorgamiento de los contratos matrimoniales de los mismos, toda vez que éstos son una consecuencia del concierto matrimonial.

Análogas disposiciones veianse en las leyes 73 del tit. 3.°, y 8.ª del tit. 4, lib. 23 del Digesto, así como en la ley 14, tit. 11, Part. 4.ª en relación al contenido del primer apartado del artículo que comentamos; y el art. 1241 del Proyecto de 1851, propuso en la esencia un precepto idéntico á dicho primer apartado del que nos ocupa.

Mas tiene este artículo un segundo apartado que se refiere al caso de que las capitulaciones matrimoniales fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas que habrian de concurrir á ellas, en el cual se determina que

Digitized by Google

si el matrimonio fuera válido, se entenderá que el menor lo contrajo bajo el régimen de la sociedad de gananciales. Pues bien, este caso, que no se había previsto anteriormente, es una consecuencia de lo que se preceptúa en el párrafo segundo del art. 1315 de este mismo Código, puesto que, siendo nulas las capitulaciones matrimoniales del menor por carecer de los requisitos legales antes indicados, si el matrimonio es válido y prevalece como tal, necesariamente ha de considerarse á los contrayentes en la misma situacion que el que no contrató sobre los bienes al verificar el matrimonio.

Concuerda con los arts. 1398 del Código de Francia, 1386 del de Italia, 2398 del de Bélgica, 206 del de Holanda, 1907 del del Uruguay; apartado 1.ª del artículo 1721 del de Chile, 2127 del de México, 1993 del de Baja California, 2127 del de Campeche, 1222 del de la República Argentina, 1048 del de Vaud, 2310 del de la Luisiana y 1662 del de Veracruz-Llave; debiendo hacer presente que casi todos los citados son enteramente iguales en la esencia al primer párrafo del art. 1318 que de nuestro Código comentamos.

Art. 1319. Para que sea válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en aquellas intervinieron como otorgantes. No será necesario el concurso de los mismos testigos.

Sólo podrá sustituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, ó se podrá prescindir de su concurso, cuando por causa de muerte ú otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación ó la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, ó no fuese necesaria conforme á la ley.

Contiene el artículo que acaba de consignarse tres preceptos, dos de los cuales, el 1.º y el 3.º, son de sumo interés, aunque claros en su expresión; y el segundo, ó sea el concerniente á los testigos, es de tal naturaleza, que se hace innecesaria su consignación, pues nadie duda que no es necesario acudan los mismos testigos que concurrieron al otorgamiento de las capitulaciones, para dar validez á cualquier modificación que en dichas capitulaciones se hicieran, porque el papel de los testigos es secundario y se reduce á presenciar la realización de un acto.

No cabe duda que para que sea válida cualquiera alteración en las capitulaciones matrimoniales hecha, ha debido tener lugar antes de celebrarse el matrimonio, porque ningún Código moderno permite contratos entre los cónyuges, toda vez que de consentirse tendría que colocarse á los contratantes en

Digitized by Google

una desigualdad de situación que no es la que más cuadra á las condiciones y circunstancias que deben predominar en la llamada institución del matrimonio. En este mismo apartado se determina también que se hace indispensable acudan á esa modificación ó reforma de capituleciones matrimoniales las personas que en las mismas intervinieron como otorgantes, lo cual se comprende perfectamente y se explica sin más que tener en consideración que la convergencia de las voluntades hacia aquel objetivo que después desea modificarse no puede sufrir esa modificación sin el nuevo consentimiento, sin la inteligencia de aquellas personas que al significar sus voliciones vienen á constituir una relación jurídica cuya modificación tratan de llevar á cabo. Mas en el mismo apartado que nos ocupa, se dice que no será necesario el concurso de los mismos testigos; y esto es de buen sentido, porque así como es esencial que los contrayentes que prestaron su consentimiento para una cosa, presten también su desistimiento para extinguir la relación jurídica por ellos creada, ó modifiquen la expresión de sus voluntades para modificar en parte ó alterar las capitulaciones matrimoniales, no es esencial que sean unos ú otros los testigos que hayan de presenciar el contrato y su alteración, porque éstos solo sirven en todo caso para acreditar que en el título correspondiente se consignó la determinación de aquellas voluntades de los que otorgaron las capitulaciones matrimoniales.

El segundo párrafo del artículo que nos ocupa viene á sentar una excepción á la regla general anteriormente establecida, excepción fundada en la necesidad y en la imposibilidad de llevarse á la alteración personas que aun cuando integraron la constitución de aquellas capitulaciones por haberlas la muerte arrebatado del mundo de los vivos, ó por otra causa legal, como la enajenación mental, han de ser sustituidas necesariamente por las otras personas que son su genuina representación.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tit. 4.º; y 72.ª, tit. 3.º del lib. 23 del Digesto; y el apartado segundo del art. 1252 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1395 y 1396 del Código de Francia, 1383 del de Italia, 1395 y 1396 del de Bélgica, 1105 del de Portugal, 1219 del de la República Argentina, 1664 del de Veracruz-Llave, 1906 del del Uruguay, 1187 del de Guatemala, 203 y 204 del de Holanda, 1822 del de Chile, 2114 del de México, 1980 del de la Baja California, 2114 del de Campeche, 1047 del de Vaud, 2309 del de la Luisiana y 1778 del de Colombia; si bien debe hacerse presente que aun cuando los Códigos de Italia, Francia, Holanda, Bélgica y Veracruz-Llave, son esencialmente iguales al nuestro en esta materia, y los del Uruguay, República Argentina y Chile son muy semejantes al que nos ocupa, mientras que en estos se sostiene que las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio, y que una

Digitized by Google

vez celebrado no podrán alterarse aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieran en ellas, los preceptos que hemos citado de los Códigos de México, Baja California, Guatemala y Campeche, se limitan á prescribir que las capitulaciones no pueden alterarse ni revocarse después de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso ó por sentencia judicial, lo cual para nosotros significa que en estos últimos Códigos no es tan absoluto el principio de irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio.

Art. 1320. Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros.

Este precepto es una consecuencia del anterior y sienta el principio que antes hemos expuesto de la verdadera irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio; y se comprende bien, por cuanto si cupiese la revocabilidad de esas capitulaciones matrimoniales, una vez contraido el enlace conyugal, podrían cometerse infinidad de fraudes en perjuicio de tercero, y hasta perjudicando alguno de los cónyuges; pues si prevaliéndose un marido interesado, del dominio que sobre la mujer ejerciera por haberse captado su voluntad, ó por otra razón que aquí no hemos de investigar, consiguiese durante el periodo de los primeros encantos matrimoniales, una modificación en las capitulaciones que le desligare del cumplimiento de ciertos compromisos, quedaría su consorte sin garantía de su dote, como sucedería también si el marido pusiese á salvo lo que falazmente había supuesto aportar al matrimonio, ó lo que, aportado realmente, fuera objeto de una combinada prestación que un cómplice en su negocio le hubiera hecho para obtener fácilmente el logro de sus aspiraciones para conseguir el matrimonio con una mujer acaudalada, de cuyos bienes una vez posesionado pretendiera vivir; porque retirando lo que como propio hubiera presentado á la aportación matrimonial en virtud de un artificioso préstamo, causaría un fraude á su mujer, que sin garantía de sus aportaciones habría de quedar tan indebida como fatalmente perjudicada si tales amaños se consintiesen al marido durante el matrimonio.

Además de que como acabamos de indicar, se evitan con este precepto muchos fraudes, se desarrolla con él perfectamente la tésis por nosotros anteriormente sostenida, de que es altamente inmoral, inverosímil é imposible todo contrato entre los cónyuges desde el momento en que están unidos por ese sagrado é indisoluble vínculo; pues si en virtud de éste la ley les considera unificados en su espíritu y como una misma persona los conceptúa, no siendo posible que ninguno contrate consigo mismo, tampoco ha de serlo que el matri-

Digitized by Google

monio ó entidad moral y legal que representa la unidad en la familia y en la sociedad, vaya á contratar consigo mismo, ó hayan de dividirse las partes integrantes que la forman para que tenga lugar esa nefanda contratación.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1238, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en el art. 1395 del Código de Francia, cuyo principio se sostiene en aquel país como doctrina sentada en varias sentencias del Tribunal de Casación, y muy especialmente en las de 9 Agosto de 1851 y 27 Diciembre de 1864; concordando también con los arts. 1385 del Código de Italia, 1395 del de Bélgica, 1905 del del Uruguay, 1105 del de Portugal, 1219 del de la República Argentina, 1722 y 1723 del de Chile, 1659 del de Veracruz-Llave, 204 del de Holanda, 1431 del de Bolivia, 2309 del de la Luisiana, 1046 del de Vaud, 2114 del de México, 1980 del de la Baja California, 2114 del de Campeche y 1187 del de Guatemala; siendo estos cuatro últimos en parte tan solo análogos.

Art. 1321. Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio.

Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallan en las condiciones á que se refiere el art. 1324.

Si la tendencia de los Códigos modernos se ve de un modo directo encaminada á perpetuar los contratos por medio de escritura pública, es muy natural y lógico que un contrato tan trascendental como el de capitulaciones matrimoniales se otorgue en esta forma, pues á ningún contrato ha de procurar darse tanta estabilidad como aquel en que ha de fundarse precisamente el porvenir y bienestar de una familia; además el objeto de este precepto es evitar fraudes y alteraciones en perjuicio de tercero y de los mismos contrayentes, lo cual no se evitaria tan fácilmente si las capitulaciones matrimoniales se otorgasen en instrumento privado, y mucho menos si se hiciesen verbalmente. Pero no solo hay esta razón, sino que tenemos otra de interés sumo, cual es la de que vengan á determinarse perfectamente y á asegurarse los bienes que cada uno de los esposos aporta al matrimonio, lo cual es de gran interés, por cuanto, no efectuándose de este modo, podrian conceptuarse todos los dichos bienes adquiridos ó conquistados durante el vínculo matrimonial, y en la sociedad legal de conquistas ó gananciales establecida por nuestro derecho, vendria á perjudicarse notablemente al que mayores caudales hubiera aportado.

La excepción que sienta el artículo que comentamos, en su último aparte, es precisamente una manera de no minorar el pequeño capital que marido y mujer de escasa fortuna llevaren al matrimonio con los gastos de una escritura, y obedece al deseo que viene demostrando el legislador en este Código de faci-

Digitized by Google

litar si, la contratación, pero haciendo que conste en título ó documento de cualquier clase y por sencillo que sea, todo contrato cuya demostración convenga justificar y cuyos resultados puedan ser mas ó menos perjudiciales á terceras personas. Y si esta tendencia se ve en la generalidad de los contratos, la hemos de encontrar como la encontramos demostrada con mayor razón en las capitulaciones matrimoniales, las cuales cuando se otorgaren donde no hubiere Notario público, si consistiesen los bienes en cosas muebles ó semovientes y no excediera su valor de 2500 pesetas, pueden otorgarse ante el Secretario del Ayuntamiento del pueblo donde se celebren y dos testigos declarando bajo la responsabilidad de éstos, constarles la entrega, ó aportación en su caso, de los expresados bienes.

Mas no atreviéndose el legislador á dar á este documento, que no conceptúa tampoco como escritura pública, un carácter que le haga inscribible en el Registro de la Propiedad, ordena queden sus originales bajo un registro especial en el archivo del municipio, y reserva para las capitulaciones consistentes en bienes inmuebles su reducción á escritura pública al objeto de que pueda ser inscrita en el Registro.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, tit. 11; única párrafos 1.º y último del tit. 13, y 15.ª, tit. 12, lib. 5.º, del Código romano; y en relación está el artículo que comentamos con los 1280 y 1324 de este mismo Código, así como con los arts. 168 al 193 de la ley hipotecaria de la península, 182 al 207 de la de Cuba y 176 al 201 de las de Puerto-Rico y Filipinas; con los arts. 38 al 47 de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos de 9 de Noviembre de 1874, que como las anteriores leyes hipotecarias insertas dejamos en el tomo segundo; con el núm. 9 del art. 21 del Código de Comercio; y con lo preceptuado en los arts. 1238 y 1242 del Proyecto de Código de 1851.

Concuerda con los arts. 1382 y 1383 del Código de Italia, 1097 del de Portugal, 1394 del de Francia. 202 y 203 del de Holanda, 1394 del de Bélgica, 1904 del del Uruguay, 1716 del de Chile, 1430 del de Bolivia, 2308 del de la Luisiana, 1046 del de Vaud, 2115 y 2116 del de México, 1981 y 1982 del de la Baja California, 2115 y 2116 del de Campeche, 1223 del de la República Argentina y 1663 y 1666 del de Veracruz-Llave; determinándose en éste mejor que en ningún otro lo que antes indicamos acerca de que la responsabilidad de la efectiva entrega ó aportación en su caso de los bienes objeto de las capitulaciodes, solo recae sobre los testigos que concurren al otorgamiento del título extendido ante el funcionario público correspondiente, puesto que dice el citado art. 1666: «Cuando no escede de quinientos pesos el valor de los bienes aportados en junto por marido y mujer, podrán otorgarse los pactos matrimoniales ante el Juez de Paz del lugar y dos testigos que hubiesen presenciado la entrega de los bienes aportados, etc., etc.» Sin embargo, siempre se otorgará la escritura pública si en los bienes hay algún inmueble.

Digitized by Google

Art. 1322. Cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales no tendrá efecto legal en cuanto á terceras personas si no reune las condiciones siguientes: 1.ª, que en el respectivo protocolo, por nota marginal, se haga indicación del acta notarial ó escritura que contenga las alteraciones de la primera estipulación; y 2.ª que, caso de ser inscribible el primitivo contrato en el Registro de la propiedad, se inscriba también el documento en que se ha modificado aquél.

El Notario hará constar estas alteraciones en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones ó contrato primitivo, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios á las partes, si no lo hiciere.

Se comprende perfectamente que el objeto de este precepto es el evitar falsedades, y los consiguientes perjuicios que podrian irrogarse á terceras personas si no se tomasen tales medidas previsoras, puesto que conocida la constitución de un contrato tan importante como el de capitulaciones matrimoniales, si no se diesen medios de conocer sus modificaciones, las terceras personas que luego contratasen con aquella nueva sociedad pudieran partir del supuesto de responsabilidades y arraigo que en las capitulaciones se demostrasen, y acometer negocios con la nueva razón social, bajo un supuesto erróneo, ó bajo la ignorancia de las alteraciones ó modificaciones en las capitulaciones matrimoniales establecidas.

Ya el Reglamento general sobre la organización y el régimen del Notariado, en sus arts. 51 y 81 se ocupaba de las notas que han de extenderse á continuación de la escritura matriz, ó al márgen, cuyas disposiciones vinieron á confirmarse y explanarse en la circular expedida por la Dirección de los Registros con fecha 1.° de Abril de 1866; y el párrafo 2.° del art. 1322 que de nuestro Código comentamos, parece confirma el precepto contenido en el art. 83 del Reglamento que acaba de citarse; teniendo gran relación el artículo que nos ocupa con los arts. 168 al 193 de la ley Hipotecaria peninsular, con los arts. 182 al 207 de la de Cuba, y con los arts. 176 al 201 de las de Puerto-Rico y Filipinas, así como con lo que se prescribe en los arts. 120 al 133 del Reglamento para su ejecución, y 1106 al 1108 y 1225 de este mismo Código en cuanto á la indemnización de daños y perjuicios que al Notario que falte á sus deberes, impónese en el último apartado del que al presente comentamos.

Concuerda perfectamente con los arts. 1397 del Código de Francia, 1384 del de Italia, 1397 del de Bélgica, 207 del de Holanda, 2117 del de México, 1983 del de la Baja California, 2117 del de Campeche, apartado 2.° del art. 1723 del de Chile, apartado 2.° del art. 1906 del del Uruguay y otros.

Digitized by Google

Art. 1323. Para la válidez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio de interdicción civil ó inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que á este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En relación el artículo que acaba de consignarse con el 1318 de este mismo Código, viene á determinarse en él cuanto preciso se hacía para evitar litigios y no suscitar dudas en el caso de que se hubieren otorgado capitulaciones matrimoniales por una persona, contra la cual, se hubiera incoado juicio de interdicción civil ó inhabilitación, pues desde el momento en que se establece la presunción legal de que la persona que otorga capitulaciones está inhabilitada para contratar, se hace indispensable la asistencia y concurso del tutor que la ley previene acuda á intervenir en las convenciones en que fuera parte aquél inhabilitado ó interdicto.

Los arts. 2027, 2030 y 2062 de este mismo Código tratan de la tutela de los pródigos, de la tutela de los que sufren interdicción y de la representación que el tutor tiene del menor ó incapacitado en todos los actos civiles; y como á éstos se refiere precisamente el artículo que comentamos, no puede menos de verse una perfecta relación entre unos y otros preceptos; así como también debe tenerse en cuenta que ya la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 1843 se ocupaba del asunto en modo parecido.

Concuerda con el art. 1398 del Código de Francia, 1387 del de Italia, 1398 del de Bélgica, 1777 del de Colombia, 206 del de Holanda, 1721 del de Chile, 1907 del del Uruguay, 2127 del de México, 1993 del de la Baja California, 2127 del de Campeche y otros.

Art. 1324. Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan á un total, los de marido y mujer, que no exceda de 2,500 pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiese Notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega, ó aportación en su caso, de los expresados bienes.

El contrato ó contratos originales se custodiarán, bajo registro, en el archivo del Municipio correspondiente.

Cuando entre las aportaciones, cualquiera que sea su valor,

Digitized by Google

haya alguna ó algunas fincas, ó los contratos se refieran á inmuebles, se otorgarán siempre por escritura pública ante Notario, conforme con lo prevenido en el art. 1321.

Al comentar el art. 1321 digimos ya lo necesario para comprender uno y otro precepto. De manera que nos excusamos de entrar de nuevo en consideraciones acerca de los motivos del que acabamos de consignar. Es perfectamente lógico, tiende á determinar y perpetuar lo que ha de servir de base y fundamento á la organización de la familia, al desarrollo y desenvolvimiento de la nueva razón social, y al porvenir de séres que, bajo la base de lo que encuentran hecho y conservado en el terreno familiar como en el económico y social, representarán una noble y justa esperanza, lo cual es más que suficiente para que el legislador fije en ello su atención y ayude á lo porvenir conservando la historia de lo pasado.

Por regla general y debido á elevadas consideraciones de público interés, las capitulaciones matrimoniales deben hacerse y se hacen constar en escritura pública, mucho más cuando el objeto de las mismas consiste en bienes inmuebles, pues éstos deben tener su asiento en títulos registrables é hipotecables. Sin embargo, basada en la equidad, siéntase una excepción acerca de los bienes muebles, cuyo valor, el de lo apartado por ambas partes, no exceda de 2,500 pesetas para evitar los gastos que lleva consigo una escritura en puntos donde no hay Notario, pues sería desproporcionalmente costoso el salir en su busca, ó traerlo de fuera. El art. 1324 que comentamos proporciona economía y facilita la capitulación (antes reservada á los poderosos y personas ilustres, según la Novela 117, cap. 4.°, la Novela 78, y la ley 23, párrafo 1.° del tit. 4.°, lib. 5.° del Código romano) á las familias menos acomodadas y que por sus ocupaciones y manera de ser viven en pequeñitas villas.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1244, proponía un precepto análogo, si bien se limitaba al valor de 200 duros ó 1,000 pesetas, y en relación está el precepto que comentamos con el art. 334 de este mismo Código que se ocupa de lo que son bienes inmuebles, con el art. 1280 del mismo que trata de los actos y contratos que deben constar en documento público, y con el 1321 antes mencionado.

Vemos concordancias en el art. 1716 del Código de Chile, donde, cuando no exceda de 1,000 pesos el valor de los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyan derechos sobre bienes raíces, pueden hacerse constar por escritura privada; en el 1904 del del Uruguay, donde leemos preceptos esencialmente iguales á los que acabamos de citar; en el 1772 del de Colombia, en el 123 del de la República Argentina, extendiendo éstos hasta mil pesos la excep-

Digitized by Google

ción con el de Chile, mientras el 1666 limita la excepción á las capitulaciones que no excedan del valor de 500 pesos.

Art. 1325. Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera ó extranjero y española, y nada declarasen ó estipulasen los contratantes relativamente á sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.

De derecho internacional este precepto, no puede perderse de vista lo que anteriormente expusimos acerca de los principios que estas cuestines informan. Según ellos, y según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia en varias de sus sentencias, la propiedad de los bienes inmuebles ó raices, debe regirse por la ley de territorio ó sea por el estatuto real cuando se trata de determinadas fincas adquiridas en virtud de un título particular (sentencia de 6 Junio del 1873); como es también principio de derecho inconcuso, que el estatuto personal en general, es el que debe regular todos los actos que se refieren en lo civil á la persona de extranjero, subordinándose á las leyes vigentes en el país de su naturaleza y ciudadanía, y decidiéndose según ellas todas las cuestiones de aptitud, capacidad y derechos personales (Sentencia de 6 Noviembre de 1867); y que la ley personal de cada individuo es la del país á que pertenezca, la cual le sigue á donde quiera que se traslade, regulando sus derechos personales, su capacidad de transmitir por testamento y abintestado, y el *régimen de su matrimonio y familia*. Pues bien, teniendo en cuenta esta teoria tan generalmente admitida, y sancionado como está por nuestro Código el principio que admite la sociedad de gananciales, el art. 1325 que al presente comentamos, de conformidad con dichos principios, con los de derecho natural y los de derecho internacional, coloca en primer término al marido, como director y jefe de la nueva familia que se constituye, como gerente de la nueva razón social establecida, y siguiendo la mujer la condición de su marido (como preceptúa el art. 22 de este mismo Código), las relaciones jurídicas familiares se rigen y no pueden menos de regirse por la ley de la nación á la cual pertenece el jefe de aquella nueva sociedad familiar ó conyugal.

Mas para esto, hay que tener en cuenta quienes son españoles y quienes son extranjeros, y recordar siempre que la naturalización se concede en España por Real Decreto autorizado por el Ministerio de la Gobernación, previa consulta con el Consejo de Estado (art. 48 de su ley Orgánica); y que tal con-

Digitized by Google

cesión no puede producir los efectos consiguientes hasta que el interesado preste juramento de fidelidad á la Constitución del Estado y obediencia á las leyes con renuncia de todo pabellón extranjero, debiendo inscribir la carta de naturaleza en el Registro civil de ciudadanía, según previene el art. 96 de la ley de Junio de 1870, presentando al efecto en dicho Registro el Decreto de naturalización, la partida de bautismo, la de matrimonio si estuviese casado, y la de nacimiento de su mujer é hijos, con la renuncia á su anterior nacionalidad y el juramento de la Constitución del Estado, de conformidad á lo prescrito en el art. 10) de última citada ley.

El precepto objeto de este comentario en relación está con los arts. 10, apartado último del 15, 17, 22, 1315 y 1392 de este mismo Código; y concordancias vemos en las arts. 1107 del Código de Portugal y 1220 del de la República Argentina.

Art. 1326. Todo lo que se estipule en las capitulaciones ó contratos á que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse.

Derogados ya los preceptos del antiguo derecho romano sobre esta materia, que conceptuaban estas estipulaciones como donaciones comunes; derogadas en parte las prescripciones de las leyes 16.ª, tit. 3.º, lib. 5.º del Código romano; 5.ª, tit. 1.º, lib. 3.º del Fuero Juzgo; 3.ª, tit. 11.º, Part. 4.ª, y 3.ª, tit. 3.º, libro 10 de la Nov. Recop.; viene á confirmar el art. 1326 que de nuestro Código nos ocupa, la doctrina establecida desde la época del gran Constantino, por las leyes 4.ª, tit 14.º, lib. 2.º; 9.ª, 21.ª, y 68.ª, tit. 3.º, lib. 23 del Digesto; párrafo 3.º, tit. 7.º, lib. 2.º de las Instituciones; y leyes 18.ª y 19.ª, tit. 11.º, Part. 4.ª; en virtud de las cuales las donaciones hechas por causa de matrimonio, se anulaban cuando éste no se verificaba.

Y esto es lógico y natural, segun se demuestra facilmente sin mas que recordar los requisitos esenciales de los contratos en general, sin mas que ver el art. 1261 de este mismo Código en el que se señalan taxativamente esos requisitos. La causa del contrato de capitulaciones es el matrimonio; pues desapareciendo esa causa, no llevándose á efecto la unión conyugal acordada, no puede prevalecer la capitulación matrimonial, que es su consecuencia; y decimos que el matrimonio no solo es causa del contrato de capitulaciones (no condición, como algunos suponen, confundiendo concepto jurídico tan opuesto), sino elemento principal respecto de aquel contrato, dada la elevadísima idea que del matrimonio debe sostenerse; y desapareciendo lo principal, no puede tener vida lo accesorio. Por esto no podremos menos de encomiar siempre el precep-

Digitized by Google

to que nos ocupa de nuestro tan injustamente combatido Código, pues ademas de ser eminentemente moral y lógico, está conforme con los principios generales y esenciales que deben informar los contratos, y por ello en el terreno jurídico es extrictamente justo, sin que deje de estar conforme con la equidad.

No hemos de tender una mirada retrospectiva para ocuparnos de algunas excepciones fijadas en el Código Teodosiano (ley 5.ª, tit. 5.º, lib. 1.º), en el Fuero Juzgo (leyes 5.ª, tit. 1.º, lib. 3.º, y 4.ª, tit. 1.º, lib. 5.º), y en el Fuero Real (ley 5.ª, tit. 2.º, lib. 3.º), cuando se operó el cambio general de legislación; pues ni aquellas excepciones pueden tenerse en cuenta, social y juridicamente hablando, ni se conservan en vigor; porque aun que mucho sea tachada nuestra época de cínica, inmoral y corrompida, mayor corrupción de costumbres argüia el reservar la mitad del esponsalicio á la mujer si hubiere recibido ósculo de su prometido.

En relación está el artículo que comentamos con el art. 44 de este mismo Código, que se ocupa de cuando debe tener lugar el resarcimiento de gastos hechos por razón del matrimonio prometido y no cumplido, viéndose confirmado el art. 1326 en el núm. 2 del art. 1333 de este mismo Código.

Encontramos concordantes en los arts. 1168 del Código de Portugal, 209 del de Holanda, 1670 del de Veracruz Llave; y realmente viene á deducirse de varias prescripciones de otros Códigos, como los de los arts. 1399 del de Francia, 1905 del del Uruguay y 1399 del de Bélgica; porque si desde el dia de la celebración del matrimonio son irrevocables las convenciones relativas al mismo, se presupone que cuando el matrimonio no se efectúe, esas convenciones carecen de existencia y de razón de ser.

CAPITULO II.

De las donaciones por razón de matrimonio.

Art. 1321. Son donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno ó de los dos esposos.

Trátase, bajo este capítulo segundo, de las donaciones por razón del matrimonio; y se hace de tan distinta manera, con tan diferente método que el usado por la antigua legislación, que parece que el legislador moderno se ha propuesto terminar de un modo radical, cortar de un solo golpe, dar fin á las confusas sutilezas empleadas por el derecho moderno, extirpar de una vez aquel

Digitized by Google

laberintico cáos donde un tecnicismo mal entendido, donde un juego de palabras inútiles venia á hacer necesaria la interpretación de cada precepto; y en virtud de cuyas pequeñas teorías, las opiniones de los tratadistas se dividen en extremo, para llevar mayor confusión, mayores distingos y sofismas á lo que á tantas apreciaciones daba lugar.

Hora era ya de que asunto tan sencillo en si como es el de las donaciones por razón del matrimonio, viniera á presentar en nuestra legislación el aspecto que el caso requiere; hora era ya que se llenase la necesidad hace tiempo sentida de uniformar los preceptos que regular deben lo que en su esencia es uno y no podria continuar bajo la heterogénea diversidad que se venía tratando; hora era ya que desapareciesen para siempre las arbitrarias é inútiles distinciones que las antiguas leyes hicieron entre las varias donaciones que los futuros cónyuges se hacen por razón del matrimonio.

La diferente manera de ser de nuestra historia jurídica, la falta de nociones de la filosofía del derecho, la diversa texitura del pueblo español, determinaron la aceptación de los preceptos románicos, bajo los que la dote fué en un principio la base del aportamiento y desarrollo del patrimonio familiar; la comunidad de bienes impuesta por la legislación germánica; los gananciales establecidos por el sistema mixto con el que parece quiso combinarse armónicamente el sistema romano con el germano, habian de dejar necesariamente sus consecuencias sobre nuestro suelo, sin derecho propio hasta hoy, sin sistema filosófico, sin derrotero determinado, y con aquellos diversos orígenes, y con aquella heterogeneidad de principios, y con aquellas procedencias tan varias, hubieron de nacer y sostenerse por tanto tiempo esos diversos nombres de *arras*, *donaciones proternupcias* y *donaciones esponsalicias*, para expresar una misma cosa, la donación por causa del matrimonio.

Asi se ve, que por efecto de esa diversa procedencia, hasta dentro de esa misma clasificación tienen acepciones distintas; pues las misma *arras* bajo la ley germánica significaban la dote que el varón daba á la mujer en consideración á su virginidad, como prueba de afecto y garantía de subsistencia para el caso de viudez (ley 6.ª, tit. 1.º, lib. 3.º del Fuero Juzgo); mas luego, cuando las Partidas tomaron de las leyes romanas su dote, quedó esto reducido á una simple donación que el marido hacia á la mujer por razón del casamiento (ley 1.ª, título 11.º, Part. 4.ª), ó á una prenda que se daba en señal de matrimonio concertado; si bien prevaleció la ley goda en cuanto pudo conservarse como costumbre.

Las donaciones esponsalicias, como las donaciones *propter nupcias* no tuvieron otro fundamento que las liberalidades demostradas entre los esposos por causa del matrimonio; y sin embargo se les daba distinto concepto jurídico, se les daba una mayor amplitud, y hasta diferentes efectos. Las donaciones esponsalicias (*sponsalitia largitas*, de los esponsales que la procedian) no eran

Digitized by Google

otra cosa que los regalos que se hacian mutuamente los esposos y los que les hacian sus parientes y amigos con motivo del matrimonio.

Las donaciones *propter nupcias*, según el derecho romano y según la ley de Partida, eran las que hacian los maridos á sus mujeres en sustitución de su dote, ó en garantía de la suya. Según las leyes 5.ª, tit. 3.º, y 9.ª, tit. 6.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, son las que hacen los padres á los hijos por causa del matrimonio. De manera, que la donación *propter nupcias* se daba al varón, mientras que la dote correspondia á la mujer, la primera era libre ó voluntaria, la segunda forzosa; la una era tasada, la otra no.

Todas estas diferencias de escuela, todos estos distingos, desaparecen ante la unidad de nuestro Código, ante la lógica inflexible que en el mismo predomina.

Hoy, según él, ya no hay más que una clase de donaciones por razón del matrimonio, porque todas obedecen á la misma causa.

Y observamos, que así como generalmente se va huyendo de las definiciones en nuestro Código, por lo que respecta á estas donaciones, sin duda para matar aquel dualismo ridículo, las define diciendo, que, son las que se hacen antes de celebrarse el matrimonio, en consideración al mismo y en favor de uno ó de los dos esposos. Lo cual significa han de efectuarse antes de contraer el matrimonio y sin otra causa que el mismo.

Vemos concordancias en los arts. 1786 del Código de Chile, 1617 del del Uruguay, 1166 del de Portugal, 2231 y 2232 del de México, 2098 y 2999 del de la Baja California, 1230 y 1236 del de la República Argentina, 1667 del de Veracruz-Llave; siendo en la esencia idénticos al nuestro todos los citados menos el Argentino, y viéndose gran analogía en los arts. 1081 y 1091 del Código de Francia, 223 y 231 del Holanda, 1081 y 1091 del de Bélgica, 2231 y 2232 del de Campeche, que es igual al de Mexico.

Art. 1328. Estas donaciones se rigen por las reglas establecidas en el título 2.º del libro tercero, en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes.

De buen sentido es que estas donaciones se rigan por el tit. 2.º del lib. 3.º que trata de las donaciones en general, pues no otra cosa son unas y otras que actos de pura liberalidad, aunque quepa alguna ligera variante en su textura por razón de la causa á que obedece, y por ello es equitativo y justo que se refiera el legislador al referido título y que sienta algunas reglas excepcionales por la especialidad del caso, excepciones que han de ocupar nuestra atención en los siguientes artículos hasta el 1335. Está pués, en relación perfecta con los arts. 618 y 619, el que comentamos, y con los concordantes de aquel título.

Digitized by Google

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1246, propuso un precepto idéntico, y concordancias vemos en los arts. 1081 del Código de Francia, 1292 del de la República Argentina, 1727 del de la Luisiana, 1774 del de Portugal, 1787 del de Chile, 234 del de Holanda, 1081 del de Bélgica, 1668 del de Veracruz-Llave, igual al nuestro, 2245 del de México, 2113 del de la Baja California, 2245 del de Campeche y otros.

Art. 1329. Los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio.

La misma razón que existió para dictar el precepto del art. 1318 de este Código con relación á las capitulaciones matrimoniales otorgadas por menores de edad, ya comentado, y el mismo motivo á que obedece el art. 1323 de que recientemente nos ocupamos, existe hoy para la redacción del art. 1329 que ahora nos ocupa, pues siendo indispensable para que toda convención tenga efecto, el perfecto, libre y expontáneo consentimiento de los contrayentes, y no conceptuándose por la ley en condiciones para prestarlo al menor, se hace necesaria la complementación de su personalidad por la autorización de las personas que deben dar su consentimiento para contraer el matrimonio. Y se comprende bien esto, porque si el matrimonio es la causa ocasional de tales donaciones y para la realización del enlace conyugal se necesita el consentimiento del padre ó del tutor, según los casos, natural es que lo que se hace necesario para lo principal, sea asimismo indispensable para lo accesorio.

En perfecta relación se encuentra el articulo que abora nos ocupa con el art. 46 de este mismo Código, en el que se determina las personas que deben prestar tal autorización; y concordancias vemos en los arts. 1095 del Código de Francia, 1173 del de Portugal, 1095 del de Bélgica, párrafo 2.° del 1617 del del Uruguay, 2240 del de México, 2108 del de la Baja California y 2240 del de Campeche; conviniendo todos en los mismos principios.

Realmente el precepto es tan de sinderesis que hasta innecesaria parece su enunciación por las razones antes indicadas; si lo accesorio sigue á lo principal, esas donaciones deben ser intervenidas por quien autoriza el matrimonio que es su causa.

Art. 1330. No es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones.

Aquí tenemos una verdadera excepción de lo preceptuado en los arts. 629 y 630 de este mismo Código, que parece muy razonable, pues evidente es que,

Digitized by Google

si estas donaciones no reconocen otra causa y fundamento que el matrimonio, desde el momento en que éste se celebra desaparece la necesidad de una aceptación expresa que implícitamente viene envuelta en la celebración del enlace conyugal.

Perfectamente relacionado se ve esto con lo prevenido en varias prescripciones de este Código, aunque á primera vista se presente como contrario á las prescripciones antes citadas y á las que entrañan los arts. 623 y 625 del mismo.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1247; y concordancias encontramos en los arts. 1087 del Código de Francia, 1733 del de la Luisiana, 232 del de Holanda, 1087 del de Bélgica, 1169 del de Portugal, 1669 del de Veracruz-Llave, 1607 del del Uruguay, 1235 del de la República Argentina, 2237 del de México, 2104 del de la Baja California y 2237 del de Campeche, prevaleciendo en todos ellos la idea de que las donaciones antenupciales no necesitan para su validéz la aceptación expresa.

Art. 1331. Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes á la sucesión testada.

Viene á fijarse en este artículo la tasa de las donaciones por razón de matrimonio, concluyendo para siempre con aquellas diferencias privilegiadas que se notaba entre las arras, las donaciones esponsalicias y las donaciones *propter nupcias;* sin recordar para nada esas múltiples tasas que se veian en los Fueros municipales. Concluyeron ya aquellas medidas caprichosas que el Fuero Juzgo fijó para las *arras* en la décima parte de los bienes del marido; concluyeron aquellos distingos entre el valor de la donación esponsalicia hecha por la esposa al esposo que no tenia límites, y la octava parte del valor de la dote, cuando tal donación esponsalicia la efectuaba el esposo á la esposa según lo dispuesto por la Pragmática de Madrid y sostenido hasta la publicación de este Código en la ley 6.ª, tit. 3.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación. Desaparecieron también esas diferencias entre las arras y las donaciones esponsalicias con relación á las donaciones *propter nupcias*, en las que no se fijaba tasa alguna. Hoy todas quedan sujetas á igual medida, la décima parte de los bienes presentes, y con relación á los futuros, solo para el caso de muerte, en la forma y medida de las sucesiones en general. Todas se nivelan; no hay privilegio de ningún género. Pero sí vemos en las donaciones de los bienes presentes, ó entrevistos, una diferencia notable entre las donaciones por razón del matrimonio y las dona-

Digitized by Google

ciones comunes, pues éstas pueden efectuarse en una mayor extensión que aquéllas; pues si á un individuo se le permite hacer donación á un extraño de todos los bienes de que puede disponer en testamento, parecía lo natural que se gozase de igual facultad para hacer donaciones por razón de matrimonio que para efectuar donaciones comunes. Más, esto que parece lógico, inconcuso, de estricto derecho, tiene su razón de ser en cuanto á las diferencias establecidas en este Código, y es que la causa de una donación común no arrebata ni obceca generalmente como puede privar y obcecar la causa de las donaciones que tienen su fundamento y causa en el matrimonio, pues en éstas la pasión, la vanidad, los encantos que se prometen en la nueva vida, las ilusiones vanas y el orgullo mal entendido, pudiera dar lugar á exageraciones perjudiciales á los mismos contrayentes.

El Proyecto de 1851 proponía preceptos análogos en su art. 1261; y concordancias vemos en los arts. 1099 del Código de Francia, 1167 del de Portugal, que fija el tercio de los bienes; 223 del de Holanda, que se refiere al importe de lo disponible por testamento; 1844 del de Colombia, 1788 del de Chile, que limita la donación por razón de matrimonio al valor de la cuarta parte de los bienes que de su propiedad importare; 1620 del del Uruguay, que se refiere á la extensión de las legítimas, diferente según el número de hijos, y consistente en la mitad, las dos terceras partes y las tres cuartas partes, según los casos prefijados en el art. 849 de aquel Código; 1683 del de Veracruz-Llave, que, refiriéndose al art. 968 concerniente á las legítimas, expresa no podrá exceder de la quinta ó de la tercera parte del valor líquido de los bienes heredados, según los casos; 1099 del de Bélgica, 2283 del de México y 2283 del de Campeche, que determinan no exceda de la quinta parte; el art. 2100 del de la Baja California, que prescribe no exceda de la sexta parte, y otros; teniendo perfecta relación el precepto que nos ocupa con los arts. 634 al 636, 806, 834 al 837, 1044 y 1237 de este mismo Código.

Art. 1332. El donante por razón de matrimonio deberá liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, á menos que en las capitulaciones matrimoniales ó en los contratos se hubiese expresado lo contrario.

No sería fácil atender al porvenir de la familia si el donante no liberara los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que sobre ellos pesasen, pues con tales cargas las donaciones pudieran representar valores negativos que lejos de auxiliar el desenvolvimiento de la nueva familia, causaría su ruina, y solo los censos que dejan siempre un importante caudal

Digitized by Google

libre con relación á la pensión que haya de pagarse, ó la servidumbre, que en poco altera el valor de las fincas, pueden pasar como excepción, si bien caben estipulaciones en contrario, sin que ésta sea la nota dominante, ni altere en gran manera la regla general que informa el artículo que nos ocupa.

Para comprender mejor este artículo, no hay como recordar los arts. 590 y 531, sobre servidumbres, y anticipar el estudio de los arts. 1604, 1857, 1875 y 1876 de este mismo Código, sobre la manera de constituir censos é hipotecas, de esta manera se ve la diferencia de unas y otras cargas, deduciéndose de ello la diversa consideración que aquí se les da.

El art. 1255 del Proyecto de Código de 1851, que algunos publicistas citan como concordante, proponia precisamente lo contrario, pues á ello equivale el preceptuar, cómo preceptuaba, que tales donaciones podrían hacerse con la condición de que el donatario pagase las deudas del donador sin determinarlas... etc., etc.

Art. 1333. La donación hecha por razón de matrimonio no es revocable sino en los casos siguientes:

1.° Si fuere condicional y la condición no se cumpliere.

2.° Si el matrimonio no llegara á celebrarse.

3.° Si se casaren sin haber obtenido el consentimiento conforme á la regla 2.ª del art. 50, ó, anulado el matrimonio, hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges, conforme al número 3.° del art. 73 de este Código.

Ya lo indicamos más de una vez, la donación que se estipula por una causa ocasional, no puede prevalecer cuando tal causa no existe.

Y esto no lo decimos sólo nosotros; lo decia ya el Digesto en su ley 4.ª, párrafo 2.°, tít. 14, lib. 2.°, y lo expusieron otras varias disposiciones del mismo Digesto y de las Partidas. *Nuptiis non secutis, ipso jure evanescit stipulatio dotis.* Lo cual viene á confirmarse por la ley 9.ª, párrafo 1.° del mismo título y libro citados del Digesto. *Pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur conditio nuptiarum.* Como corroborados fueron tales principios en las leyes 21 y 66, tít. 3.°, lib. 23 del Digesto, y en el párrafo 3.°, tít. 7.°, lib. 2.° de las Instituciones, cuyos preceptos no trascribimos por no hacer difuso este comentario.

El núm. 1.° del art. 1333 de este nuestro Código, preceptúa que se revoca la donación hecha por causa de matrimonio, si siendo condicional, la condición no se cumpliere; y esto es tan indiscutible, que no hay necesidad de defender tal teoria, puesto que se defiende por sí misma, y sucede lo mismo en las donaciones comunes.

Digitized by Google

El núm. 2.º del mencionado artículo, presenta como causa de revocación de tales donaciones la falta de celebración del matrimonio; y tal precepto es el que más de lleno está comprendido en las leyes citadas del Digesto, y en las leyes 19.ª y 18.ª, tit. 11, Part. 4.ª, pues aunque prescindiéramos de la poderosísima razón tantas veces mentada de que la causa ha de existir en todo contrato, y que, siendo la causa de esas donaciones el matrimonio, no realizado éste, desaparece dicha causa y se extingue la razón de ser del contrato, tendríamos, que es también una condición la de que surta sus efectos la realización del enlace conyugal, y por ello, el incumplimiento de lo principal lleva consigo la revocación de lo accesorio.

El núm. 3.º del referido artículo se ocupa del caso en que los esposos se casasen sin haber obtenido el correspondiente consentimiento, conforme á lo prevenido en la regla 2.ª del art. 50, ó, anulado el matrimonio, hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges, conforme al núm. 3.º del art. 73 de este Código. De la primera parte de este apartado nos ocupamos al comentar el art. 50, que en relación está con el núm. 1.º del art. 45 del mismo Código, y con el artículo 489 del Código penal. Pero circunscribiéndonos al caso de autos, hay que convenir en que es perfectamente arreglado á derecho, que ya que la falta de consentimiento ó autorización de los que deben prestarlo no dé lugar á la nulidad del matrimonio libre y expontáneamente celebrado por los contrayentes, ninguno de éstos puede recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento. Y en cuanto al núm. 30 del art. 73 de este mismo Código, basta saber que la sentencia de divorcio produce entre otros efectos, el del núm. 3.º, ó sea el de perder el conyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideración á éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar, desde luego, lo que éste le hubiere prometido. De manera que, con solo la lectura de tales preceptos claros y terminantes, se ve que acertadamente el legislador ha querido corregir el incumplimiento de las prescripciones legales y castigar la mala fe, amparando y protegiendo á la vez la persona de buena fe y honrada voluntad.

El Proyecto de Código de 1851 propuso en su art. 1248 un precepto análogo, en parte, al que de nuestro Código nos ocupa; estando éste en relación con los arts. 44, 73 y 623 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1088 del Código de Francia, en cuanto al núm. 2.º del artículo que comentamos, teniendo alguna analogía con los demás los artículos 1089 y 1090 de dicho Código, como la tienen también los arts. 231 y 233 del Código de Holanda, encontrándose en el mismo caso los arts. 1088, 1089 y 1090 del de Bélgica, 1733 del de la Luisiana, 1240 del de la República Argentina, 1670 y 1671 del de Veracruz-Llave, 2241 al 2244 y 2447 al 2249 del de México, 2109 al 2112 y 2115 al 2117 del de la Baja California, 2241 al 2244 y 2247 al 2249 del de

Digitized by Google

Campeche, y 1181 del de Portugal; debiendo hacer presente que tanto este último, como los arts. 2247 de México y Campeche y el 2115 del de la Baja California, sientan el principio de que las donaciones hechas entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes.

Art. 1334. Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio.

No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.

Con lo dicho al comentar el art. 1315, basta para demostrar la nulidad de las donaciones hechas entre los cónyuges durante el matrimonio; porque si, según aquel precepto, las capitulaciones y todo contrato que se otorgare entre los esposos ha de tener lugar antes de efectuarse el enlace conyugal, claro es que las donaciones como las capitulaciones y demás contratos que los cónyuges celebren entre ellos cuando ya han pasado de la esfera de esposos ó prometidos á la de verdaderos cónyuges, debe ser necesariamente nula. Y esto mismo nos lo da á entender de modo bien claro el art. 1327, en cuyo comentario también expusimos lo suficiente para dejar comprender la relación armónica que entre éste y aquél se establece en beneficio de la mejor inteligencia de uno y otro. Pero hay obsequios que son puramente corteses, de mútuo reconocimiento y simples demostraciones de afecto, que ni pueden perjudicar á ninguno de los cónyuges, ni cabe se hagan en perjuicio de tercero, y tales obsequios, tales muestras de cariño, han sido objeto del 2.º apartado del art. 1334 que comentamos, porque ni la moral, ni el más extricto derecho puede prohibirlos, pues son manifestaciones íntimas, en las que va envuelta la galantería del marido para con su mujer, los cuidados de ésta para aquél, el celo de ambos por complacerse mútuamente, y señalar con un objeto material la memoria imperecedera de un hecho, de una fecha para los mismos agradable, de beneficio ó de júbilo para la familia toda.

Ya las leyes romanas prohibieron las donaciones entre los cónyuges, como los prohibió después la ley 4.ª, tit. 11, Part. 4.ª, en cuanto empobrecieran al donante; y la ley 6.ª, tit. 1.º, lib. 3.º del Fuero Juzgo las prohibió también, aunque limitando esta prohibición al primer año del matrimonio, porque suponía sin duda que había en la vida conyugal una época de encantos mayores, pasiones vehementes, en la que sería más fácil la prodigalidad en virtud de un entusiasmo poco razonable, si bien hasta cierto punto comprensible en la juventud que con la misma impetuosidad que va en pos de una ilusión soñada, olvida su sueño y llega á aborrecer lo amado. Y es que el fuego de la vida está entonces en su mayor intensidad y alimenta más ciegamente cuanto por

Digitized by Google

los sentidos llega al alma, ó por visiones toca en el corazón. Y es, que la razón no impera en toda su libertad y mesura, buscando atinadamente las causas y sus efectos, los hechos y sus consecuencias. Por eso el Fuero Juzgo expresó su desconfianza en esta ley, y puso trabas á la ceguera del entendimiento, poco curtido en las luchas sociales.

El Proyecto de Código de 1851, propuso preceptos idénticos en su artículo 1259, según dijimos ya, y conforme está con las leyes antes citadas, con la ley 51, tit. 1.°, lib. 24 del Digesto, con la ley 31, párrafo 8.°, tit. 1.°, lib. 24 del Digesto, y con los arts. 628, 755 y 1335 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 1186 del Código Sardo, que dispone lo mismo que el nuestro en el primer apartado, exceptuando los actos de última voluntad, escepción que el Código que comentamos ha considerado innecesaria; con el art. 1054 del de Italia, que preceptúa que los cónyuges no podrán hacerse, durante el matrimonio, mútuamente donaciones, excepto en los actos de última voluntad, en la forma y según las reglas establecidas para los mismos, en lo cual está perfectamente de acuerdo el art. 1097 del Código de Francia, é igual art. 1097 del de Bélgica; encontrándose otro artículo en el de Italia, el 1055, en virtud del cual se declara nula toda donación en beneficio de una persona incapaz, aunque se hiciera con apariencia de contrato oneroso; y en los Códigos de Francia y Bélgica, art. 1099 (coinciden hasta en el articulado), se previene que los cónyuges no podrán donarse indirectamente más que lo que les sea permitido por la ley, siendo nula toda donación desfigurada ó hecha por personas intermedias: cuya doctrina vino á confirmarse en diferentes Sentencias del Tribunal de Casación, entre otras las de 7 de Febrero de 1849 y 2 de Mayo de 1855.

El art. 1681 del Código de Veracruz-Llave es enteramente igual al 1334 que de nuestra Código comentamos, como es idéntico el art 1618 del Código del Uruguay; teniendo alguna analogía los preceptos de los arts. 1178 del Código de Portugal, 2246 del de Campeche, 2115 del de la Baja California, 2246 del de México, 1742 del de la Luisiana, 227 del de Holanda y otros.

Art. 1335. Será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación.

Estas donaciones están prohibidas porque pueden resultar en perjuicio de los hijos germanos, y porque pueden ocultar una verdadera donación entre cónyuges; por esto hemos anotado antes lo que en los Códigos francés y belga se lee respecto de las donaciones figuradas ó con intermediación de otras per-

Digitized by Google

sonas distintas de aquellas que tienen capacidad para donar y recibir. No es nueva esta disposición en su esencia, puesto que ya diferentes leyes del Digesto anularon las donaciones simuladas y los contratos onerosos que se otorgaban para eludir el cumplimiento de las leyes prohibitivas de las donaciones entre los cónyuges. Y para convencerse de ello, no hay más que leer las leyes 7.ª, párrafo 6.º, tit. 1.º, lib. 24 del Digesto; 7.ª y 32.ª, párrafo 24, y la 49 del mismo título y libro. *Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est.* Es más, la antes citada ley 49 al ocuparse de la simulación y nulidad, expresa *si color, vel titulus donationi quæsitus est, nihil valebit traditio*, y los mismos principios predominan en otras varias leyes del Digesto y del Código romano.

Ha tenido que establecer el legislador por lo tanto una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario, de que los hijos del otro cónyuge y las personas de quienes sea heredero presunto el cónyuge donatario, al tiempo de la donación, son verdaderas personas intermedias entre los cónyuges donante y donatario para disfrazar una verdadera donación entre cónyuges; y de esta manera, con el precepto que nos ocupa, se salvarán muchos de los casos que de modo contrario ocurrirían para eludir la ley.

El Proyecto de 1851 en su art. 1262, propuso preceptos análogos á los del artículo que nos ocupa, y en relación está éste con el art. 745 del mismo Código.

Concuerda con los arts. 1100 del Código de Francia, 239 del de Holanda, 1100 del de Bélgica, 1621 del del Uruguay, y 1684 del de Veracruz Llave; viéndose analogías en el art. 1179 del Código de Portugal y en varias disposiciones de diversos Códigos extranjeros en lo relativo á las donaciones comunes, donaciones simuladas y personas intermedias, como sucede en el art. 1053 del Código de Italia, núm. 1.º del art. 1807 del de la República Argentina, y otros.

DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO ANTE EL DERECHO FORAL.

ARAGÓN.

En otro lugar queda sentado cuanto pertinente se hace respecto á las donaciones por razón del matrimonio: mas fuerza es insistir hoy en que es perfectamente válida la donación que en Aragón hacen los padres á un hijo, por muy cuantiosa que sea, cuando contrae matrimonio; y sin que tenga obligación de llevarla á colación, partirá con sus hermanos por igual la herencia de los padres cuando éstos no lo dispusieran de otro modo. Así lo determina la *Obs.* 1.ª *de Donationibus*.

El padre, aún contra la voluntad de su consorte, puede dar á sus hijos sol-

Digitized by Google

teros una cantidad igual á la que habia dado en dote al hijo ó hija que anteriormente contrajo matrimonio; y cuando diere *axobar* á la hija, podrá hacer otras muchas donaciones. (*Ob.* 8.ª *de Donat.*)

En Aragón, la donación *propter nuptias* es la que el marido tiene obligación de constituir á la mujer para asegurarla la dote. El *axobar*, ó sea la cantidad, ya en bienes, ya en dinero, que el marido cuando se casa con mujer soltera le entrega ó señala, despues de asegurarle la dote, se llama tambien *firma de dote*, *escreix* y *aumento de dote*. Mas esta donación, llamada generalmente *axobar*, y que sólo era una garantia de la dote de la mujer, ha caido en desuso ya, siendo sustituida por la verdadera donación *propter nupcias*, que en aquel pais consiste en la obligación que contrae el marido de dotar decentemente á su mujer, ofreciéndola una cuantia igual á la tercera parte de los bienes del marido, y que á la muerte de éste tenga aquélla el derecho de viudedad.

La donación que el marido hiciere á su mujer de bienes muebles es nula. (*Ob.* 25 *de Jure Dot.*)

En Aragón el *escreix* tampoco tiene limites, como en Cataluña.

En Aragón el marido puede donar á su mujer, durante el matrimonio, los *bienes sitios*, no los muebles, y uno y otro pueden donarse todos sus bienes escepto la dote y el axobar, según lo que previenen la *Ob.* 25 *de Jure dotium* y el Fuero 1.º *De Contractibus conyugum*, en contra de lo que previene el art. 1334 de nuestro Código Civil.

CATALUÑA.

Se conocen en Cataluña las donaciones por razón del matrimonio, algunas de ellas con los nombres que generalmente son en todas partes conocidas; pero es frecuente el uso de regalos nupciales ó *larguezas esponsalicias*, el *escreix* ó *esponsalicio* y el *ajobar*; siendo los regalos nupciales muy parecidos á las donaciones esponsalicias de las provincias no aforadas, si bien difieren en sus efectos á la disolución del matrimonio, pues según costumbre, la mujer no adquiere las joyas y demás cosas que se le entregan con el exclusivo fin de que vaya convenientemente adornada durante el matrimonio, sin que tenga derecho á mas que al *anillo de boda*, á *los vestidos de uso cotidiano* y á *una de las joyas medianas*, á no ser que todo fuese de insignificante valor relativamente á la posición de las personas de que se trata. Asi al menos parecen opinar los tratadistas de derecho catalán Fontanella, Brocá y Amell, Carnicer y otros.

El *axobar* ó *ajobar* consiste en la entrega de una cantidad ó donación que el prometido, que no es *hereu* ó heredero de sus padres, hace á su futura, ya sea *pubilla*, ó heredera de sus padres, ó de un extraño; viniendo á ser tal donación una especie de dote del marido que se restituye en los mismos casos que ésta.

Digitized by Google

El *escreix* ó *esponsalicio*, se parece á las *arras* de Castilla, y es la donación que el esposo hace á la esposa en razón de su virginidad, según la Constitución 1.ª, lib. 6.º, tit 2.º; por lo cual, para que proceda su otorgamiento, cuando el matrimonio se efectúa con una viuda se hace preciso pactarlo anteriormente. Y obsérvese bien que cuando tratamos de esta materia no usamos las palabras *marido* y *mujer*, porque cuando ya lo son, después de contraido el vínculo, no caben esas donaciones, y antes de contraer matrimonio, pero después de concertado, su denominación técnica es la de esposos ó prometidos, de *esponsales* ó promesa de futuro matrimonio.

En la Diócesis de Gerona está en vigor otra donación por razón de matrimonio, que se conoce con el nombre de *tantundem*, que consiste en la cantidad que el esposo da á la esposa igual á la que ésta aporta como dote, cuyos efectos corresponden á su nombre especial, extinguiéndose tal donación *tantundem* ó devolviéndola al marido cuando éste restituye la dote á su mujer ó sus herederos.

En Cataluña el *escreix* ó *esponsalicio* no tiene límites como en Aragón, según digimos antes, lo cual pugna con lo que nuestro Código previene en su art. 1331, según el cual no puedén exceder de la décima parte de sus bienes presentes las donaciones que en capitulaciones matrimoniales pueden hacerse los esposos.

Es muy importante y debe consultarse sobre esto la notable obra del señor Durán y Bas (págs. 47 á la 72), que, bajo el modesto título de *Memoria acerca de las instituciones de Cataluña*, comprende concisamente y en bella forma lo más saliente de esta materia.

NAVARRA.

Poco puede exponerse acerca de las donaciones por razón del matrimonio hechas en Navarra, que abiertamente se oponga á las prescripciones generales de la Nación sobre el particular. Allí lo mas saliente es que todas las donaciones que el esposo hace á la esposa, y lo que ésta adquiere una vez celebrado el matrimonio, recibe el nombre de *arras*, hasta el punto de no tener que reservarlas para los hijos del primer matrimonio, puesto que las hace suyas, quedando en completa libertad de disponer de ellas, debiendo entregárselas íntegras con la dote al tiempo de disolverse el matrimonio, salvo en los casos de adulterio ó fuga de la casa marital; pues así lo dispone la ley 1.ª, tit. 11, lib. 3.º de la Novísima Recopilación de aquel antiguo Reino de Navarra, y es lo que se halla mas de conformidad con el art. 1327 de nuestro Código civil.

La donación *propter nupcias* en Navarra, comprende todo el patrimonio del marido, constituido comunmente por la donación que le hacen sus padres, parientes ó extraños en razón de matrimonio.

Digitized by Google

Así como el art. 1331 de nuestro Código prohibe á los desposados darse en capitulos matrimoniales, bienes ó cantidades que excedan de la décima parte de sus bienes presentes, en Navarra prohibese al esposo que done á su esposa mas de la octava parte de sus propios bienes, según la ley 2.ª, tít. 11, lib. 3.º de la Novísima Recopilación de aquella región.

CAPITULO III.

De la Dote.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LA CONSTITUCIÓN Y GARANTÍA DE LA DOTE.

Art. 1336. La dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiera por donación, herencia ó legado con el carácter dotal.

Al ocuparse en este artículo nuestro Código de la dote, viene haciéndolo en términos tales, que cambia por completo la textura de nuestro derecho en esta materia, generalizando la tesis, de modo que ya no se ve reducida al algo que la mujer daba al marido por razón de casamiento consignado en las Partidas como definición de dote, ni á la sola cantidad de bienes que el padre, la madre ó un extraño daban á la mujer al casarse y ésta entregaba al marido para subvenir las necesidades del matrimonio.

No hemos de entrar á enunciar recuerdos históricos respecto de las diferentes acepciones de la palabra *dote* ni á la división que de la misma se hacia en *adventicia* y *profecticia* en *necesaria* y *voluntaria*, en *estimada* é *inestimada* y en *entregada* y *confesada*. No hemos de recordar tampoco que la ley 1.ª, tít. 11, Part. 4.ª, daba idea de la dote diciendo que era el conjunto de bienes que la mujer llevaba al marido por razón del matrimonio para sostener con sus productos las cargas del mismo, pero no para pagar las deudas contraidas por el marido. Y no hemos de traer aquí tampoco las diferentes definiciones que distintos publicistas han dado de lo que, según ellos, constituye la dote, porque nos basta analizar el art. 1336 que de nuestro Código encabeza el capítulo que de la dote trata, para comprender su extensión y el cambio radical que introduce en la esfera del derecho.

Digitized by Google

La dote hoy se compone de todos los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante el mismo matrimonio adquiriese, ya por donación, ya por herencia, ya por legado, con tal que los adquiera con carácter dotal. De manera, que la dote ya no se compone exclusivamente de los bienes que el padre ó la madre ó un extraño donan á la mujer al contraer matrimonio y ésta los entrega á su marido al objeto antes indicado, sino que aun después de contraer matrimonio, puede constituirse en dote lo que con tal carácter se entregase por personas extrañas, y aun por los parientes (con tal que no sea el marido), durante el matrimonio; porque realmente la dote no es mas que una donación, y ésta puede otorgarse en cualquier tiempo por los extraños, por los padres y por los demás parientes, ya esa donación se presente con el verdadero carácter de las de su clase, ó sea entre vivos, ya con el carácter de herencia ó con el de legado; mientras que, como hemos indicado antes, no puede hacerla el marido después de serlo, porque sentado queda que las donaciones entre cónyuges están prohibidas.

No solo la ley de Partida antes indicada sino que también las leyes 7.ª, al principio, 56, párrafo 1.° y 76, tit. 3.°, lib. 23 del Digesto, se ocupaban de la dote, pero realmente no lo hacían con la amplitud que lo hace nuestro Código.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1272, proponia un precepto algún tanto parecido, ó mejor dicho idéntico en su parte primera, si bien nuestro Código añade las palabras *con carácter dotal*, significando asi que bien puede haber otra clase de donaciones, herencias ó legados hechos en favor de la mujer durante su matrimonio que no tengan tal carácter, y por lo tanto que no vayan á engrosar la masa dotal. De manera que nuestro Código ha querido, con esa adición que algunos consideran innecesaria, evitar toda cuestión y toda duda que pudiera nacer si como dotales se habian de considerar todas las donaciones, herencias ó legados que la mujer pudiera recibir durante su matrimonio, pues ya que el legislador ha tratado en nuestro Código de simplificar el derecho dándole un carácter técnico é inequívoco y un sentido más claro y racional que el que tenia en nuestras antiguas leyes, en las que se consignaban las distinciones de arras como aumento de dote, y arras simplemente dadas ú ofrecidas, donaciones esponsalicias con carácter de dotales y donaciones esponsalicias simples y demás bienes constituidos como dotales y otros aportados al matrimonio sin ese carácter, ha querido no dar lugar á la más pequeña duda ni á torcidas interpretaciones que pudieran deducirse de la falta de aquella expresión por algunos criticada.

Concuerda con los arts. 1540 y 1541 del Código de Francia, 1388 del de Italia, 1540 y 1541 del de Bélgica, 1985 del del Uruguay, 1114 del de Guatemala, 1136 del de Portugal, 1243 del de la República Argentina, 1691 del de Veracruz-Llave, 2251 del de México, 2119 del de la Baja California y 2251 del de Campe-

Digitized by Google

che; habiendo cierta analogía con el art. 1789 del Código de Chile. Y debe hacerse presente, que si bien el art. 1141 del Código de Francia preceptúa que, todo lo que sea propio de la mujer ó se le de en capitulaciones matrimoniales, será dotal mientras no se estipule lo contrario; parece que no está muy conforme con tal precepto una sentencia dictada por el Tribunal de Casación de aquel país en 9 Agosto de 1858, en la que se decidió que solo tendrán el carácter de bienes dotales aquellos á los que se les hubiere atribuido por el contrato de matrimonio; y lo mismo se da á entender en otra sentencia del Tribunal de Casación, de 10 Agosto del mismo año; mientras que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de nuestra nación en 20 Abril de 1859, revela bien claramente que lo aportado por la mujer en concepto de dote ó prometido por la misma y aportado durante el matrimonio, cualquiera que sea su procedencia, no puede tener otro carácter que el dotal.

Art. 1337. Tendrán también el concepto de dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio:

1.° Por permuta de otros bienes dotales.
2.° Por derecho de retracto perteneciente á la mujer.
3.° Por dación en pago de la dote.
4.° Por compra con dinero perteneciente á la dote.

Conforme con lo anteriormente expuesto se determina en el artículo que acabamos de consignar el concepto de dotales que los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio deben tener según su procedencia; y aunque no hemos de detenernos mucho en el porque se hacen dotales los bienes á que se refiere dicho artículo, ni á explicar todos y cada uno de los casos que el mismo entraña, es evidente que no pueden menos de hacerse dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio por cualquiera de esos cuatro medios en dicho artículo consignados, porqué todos ellos no son más que una subrogación en el lugar de los bienes dotales correspondientes; por esto expresaba el Digesto en su ley 4.ª, tit. 3.°, lib. 23, que las cosas compradas con dinero de la dote, dotales evidentemente deben ser; y por esto mismo se dieron las leyes 27 y 28, tit. 3.°, lib. 23 del Digesto, que como la ley 11.ª, tit. 4.°, lib. 3.° del Fuero Real, venian á determinar que la cosa permutada por otra dotal se hacia dotal, lo mismo que la comprada con dinero dotal consintiéndolo la mujer, la cual podrá reclamar la cosa ó el precio; con lo que estaba conforme la ley 49, tit. 5.°, Part. 5.ª

Y aunque rigurosamente pudiera objetársenos que no todos los casos son verdaderas subrogaciones de los bienes dotales, en cuanto al primer caso que se presenta, ó sea la permuta, no cabe expresión más gráfica que la de verdadera subrogación, en el tecnicismo jurídico de la palabra.

Digitized by Google

Viene el segundo caso, ó sea el derecho de retracto perteneciente á la mujer, y en esto que algunos pudieran fundar su triunfo contrario al tecnicismo de la palabra subrogación, en rigor de derecho no hay tampoco más que una subrogación, por cuanto en lugar del derecho de retracto y la acción que utilizarse debe para conseguirlo, se obtiene el inmueble objeto de dicho retracto, y por consiguiente, éste viene á substituir ó subrogar á aquel derecho de retracto ó á aquella acción ejercitada, pues según el número 15 de *regulis juris*, quien tiene acción tiene la misma cosa para cuya consecución se acciona, ó mejor dicho, la cosa que en virtud de dicha acción se reclama; y si bien esta disposición era de más importancia cuando subsistia el retracto de sangre ó abolengo, todavía es aplicable á los retractos convencionales y legales que con frecuencia se ponen en ejercicio.

Llegamos al tercer caso ó sea la dación en pago de la dote, y nadie duda que lo que se paga en virtud de la promesa de dote, viene á ser una verdadera substitución ó subrogación en la que se ve sustituida la realidad por la promesa, tanto, que algunos publicistas conceptuaron que podia habérsela considerado incluida dentro de la cuarta regla ó sea de la compra; pero nosotros creemos que está perfectamente diferenciado el uno del otro caso, y que es digna de encomio la distinción que entre ambos se establece.

Entramos en el caso cuarto que es el que realmente pudiera haberse tratado con el primero, porque entre la permuta y la venta hay más paridad que entre ningún otro contrato: pero el legislador ha querido también establecer las diferencias razonables que entre los mismos existen, y para evitar toda confusión, los ha colocado bajo distintos números, por más que en ambos quepa la presunción legal de que tanto el marido como la mujer quisieron pertenecieran al haber dotal lo mismo los bienes permutados que los comprados con bienes ó con haberes metálicos dotales; pues esto es lo razonable y es lo que más favorece á la causa de las dotes á cuya conservación deben tender los esfuerzos de todos los legisladores.

El Proyecto de Código de 1851, propuso un precepto análogo en su art. 1273, y en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1507, 1521 y 1538 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1692 del Código de Veracruz-Llave, 1990 del del Uruguay, 2261 del de México, 2219 del de la Baja California, y 2261 del de Campeche; cuyos tres últimos Códigos son esencialmente iguales al nuestro en esta materia, si bien en el núm. 2.° de dichos Códigos se expresa: «2.° Por derecho de retrovente, ya sea que en virtud de él se reciban los prometidos en dote, ya sea que se recobren los dotales que hayan sido enajenados legalmente con aquel pacto». Y en el cuarto número se añade que la compra se haga previo consentimiento de la mujer.

El Código de la República Argentina, en sus arts. 1246 y 1247, preceptúa con

Digitized by Google

relación á la permuta y á la venta reglas análogas á las de nuestro artículo aun cuando expuestas con mayor extensión, y siempre exigiendo el consentimiento de la mujer y la expresa consignación en la escritura de compra ó permuta, tanto de dicho consentimiento como de que el dinero con que se verifica la compra y la cosa con que se realizó la permuta son dotales: viéndose alguna analogía, aunque remota, en los arts. 1542 y 1559 del Código de Francia, 1389 del de Italia, 1396 del de la Luisiana, y 1542 y 1559 del de Bélgica.

Art. 1338. Pueden constituir dote á favor de la mujer, antes ó después de contraer el matrimonio, los padres y parientes de los esposos y las personas extrañas á la familia.

También puede constituirla el esposo antes del matrimonio, pero no después.

Como quiera que la dote hemos dicho que se clasificaba en voluntaria y forzosa, y que puede constituirse lo mismo por los padres que por los parientes, que por los extraños, que por el marido, y teniendo en cuenta también que los cónyuges no pueden hacerse donaciones mútuamente desde el momento en que lo son, de aquí el que nuestro Código establezca en el artículo que al presente comentamos, las diferencias consiguientes á dichos preceptos relativas al tiempo en que pueden constituirse las dotes; determinando de una manera clara y concluyente que tanto las dotes necesarias ó sea las que están obligados á constituir los padres á sus hijas, como las voluntarias ó sean las que constituyen expontaneamente los demás parientes de la mujer ó personas extrañas á la familia, pueden constituirse antes ó después de contraer matrimonio, por cuanto siendo éstas unas verdaderas donaciones, y pudiendo hacerse por los padres, parientes y extraños, aun después del enlace conyugal en cualquier tiempo que se hagan, se reputan como dotales los bienes con tal carácter donados; mas aun cuando el esposo puede constituir dote á la esposa, como quiera que hemos dicho que en cuanto dejan de ser esposos para pasar á la categoría de cónyuges, están inhabilitados para hacerse donaciones, de aquí el que el marido, desde que lo es ó sea después de celebrado el matrimonio, no pueda constituir dote á su mujer, si bien pudo efectuarlo antes de la celebración del matrimonio.

Un precepto igual al del primer apartado de nuestro artículo propuso el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1265, y en el 1266 de dicho Proyecto se ve un precepto idéntico al segundo apartado del art. 1338 que de nuestro Código comentamos.

El Código francés, en su art. 1543, preceptúa precisamente lo contrario de lo que entraña el que de nuestro Código nos ocupa; como lo hace el Código de

Digitized by Google

Bélgica en su art. 1543, pues ambos sostienen sin distinción de ningún género, que no podrá constituirse ni aumentarse la dote durante el matrimonio; y lo mismo expresa de un modo terminante y claro el art. 1391 del Código de Italia, como lo preceptuaban del mismo modo los arts. 1052 del de Vaud y 2320 del de la Luisiana, que parecian haber copiado al francés. En cambio, el art. 1520 del Código Sardo, como el 1556 del Código de Nápoles, limitaban la prohibición á los cónyuges permitiendo la constitución á terceras personas, siempre que dicha constitución de dote ó su aumento no envuelva hipoteca legal más que desde el dia en que se inscribiesen.

También concuerdan con el artículo que de nuestro Código comentamos, los arts. 1986 del Código del Uruguay, 1115 del de Guatemala, 1685 y 1686 del de Veracruz-Llave, 2252 al 2254 del de México, 2120 al 2122 del de la Baja California y 2252 al 2254 del de Campeche.

Art. 1339. La dote constituída antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio se regirá, en todo lo que no esté determinado en este capítulo, por las reglas de las donaciones hechas en consideración al mismo. La dote constituida con posterioridad se regirá por las reglas de las donaciones comunes.

Es natural que siendo esta dote una verdadera donación matrimonial, sea regulada por lo que prescrito queda para las donaciones hechas por razón del matrimonio: mas como la dote constituida con posterioridad á la unión conyugal, en nada pudo contribuir á dicho matrimonio, de aquí el que debe ser regido por los preceptos generales que dictados fueron para las donaciones comunes; sin que por esto deje de hacerse dotal lo donado con tal objeto.

El Proyecto de 1851 en su art. 1267, propuso un precepto análogo, y en relación está el que comentamos con los arts. 618 al 656, y 1327 al 1335 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1687 del Código de Veracruz-Llave, párrafo último del 1986 del del Uruguay, 1248 del de la República Argentina, 2254 del de México, 2122 del de la Baja California y 2254 del de Campeche.

Art. 1340. El padre ó la madre, ó el que de ellos viviese, están obligados á dotar á sus hijas legítimas, fuera del caso en que, necesitando éstas el consentimiento de aquéllos para contraer matrimonio con arreglo á la ley, se casen sin obtenerlo.

Objeto de infinitos debates ha sido el determinar quienes eran las personas obligadas á dotar, pues las leyes de Partida se presentaban en esto con tanta

Digitized by Google

confusión, que á pesar de los esfuerzos de sus intérpretes y de la jurisprudencia establecida por los Tribunales de Justicia con tendencia á la aclaración de tales conceptos, no dejaron de permanecer sus prescripciones en las mas tenebrosas sombras envueltas hasta que se publicó el Código vigente; pues si bien para unos, teniendo la dote por único fundamento las relaciones que la patria potestad engendra, sólo estaban obligados á constituirla los padres, y en su defecto los abuelos, cuando éstos ejercian tal potestad sobre sus nietos, otros opinaban que tales teorias venian á perturbar las consideraciones que acerca de la patria potestad se hacian, mas ó menos limitadas, respecto del marido y de la mujer; y las preocupaciones de ambas escuelas imprimian cierta intolerancia en algunos preceptos, que hoy ya no pueden tenerse para nada en cuenta. Así es que bajo la acertada idea de la Comisión de Códigos, de que la obligación de dotar como la de educar á los hijos y la de alimentarlos, no nace exclusivamente de la patria potestad, que, como circunstancial, puede ejercer el padre ó la madre, según los casos, sino de los sagrados vinculos de la sangre y del natural cariño que entre ascendientes y descendientes debe existir, cariño común entre el marido y la mujer hacia sus hijos, inquebrantable y en ocasiones exagerado entre los abuelos y las abuelas hacia sus nietos, dió lugar á que el articulo que al presente comentamos impusiera como obligatoria indistintamente al padre y á la madre la obligación de dotar á sus hijas, haciéndola exigible por estas para evitar en algunos casos su ineficacia. Por esto, pues, está perfectamente conforme con la ley natural, con la equidad y con la justicia lo que se prescribe en el referido articulo 1340, pues realmente lo mismo el padre que la madre, sin distinción alguna, cualquiera de ellos que sobreviva al otro, deben dotar á sus hijas legítimas, y sólo se eximen de tal obligación cuando, necesitando éstas el consentimiento de cualquiera de aquéllos para contraer legal matrimonio, se casan sin obtenerlo; lo cual viene á ser un verdadero castigo decretado contra el incumplimiento de la ley.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, y 14.ª, tit. 11, lib. 5.º del Código romano, y 8.ª y 9.ª, tit. 11, Part. 4.ª; si bien, como hemos indicado antes, no se ve en ellas la claridad, acierto y determinación que se encuentran en el precepto del articulo que de nuestro Código comentamos.

El Proyecto de Código de 1851 en el párrafo 1.º, de su art. 1269, proponia preceptos análogos, y en relación está con los arts. 45, 108 al 110 y 122 del mismo Código.

En Francia se ve por el contrario, ó se deduce mejor dicho, de sus articulos 1542 al 1548, que de la constitución de la dote tratan, que no es obligatorio al padre y á la madre el dotar á sus hijas; y el art. 375 del Código de Holanda al tratar de las obligaciones reciprocas entre ascendientes y descendientes, previene que el hijo no tiene acción contra sus padres porque vaya á contraer matrimonio ni por otra razón alguna; y en los mismos principios se ven informa-

Digitized by Google

dos los arts. 244 del de la Luisiana, 204 del de Francia, 106 del de Vaud, 204 del de Bélgica y el 124 del de Nápoles, si bien en éste se añade que la hija tiene derecho á ser dotada por el padre, en su defecto por el abuelo paterno, y en defecto de ambos por la madre; con lo cual está conforme el art. 117 del Código Sardo, si bien éste limita tal obligación en dicho artículo á los casos en que la hija no tuviese bienes propios suficientes para vivir, y entonces el art. 1525 del mismo Código faculta á los tribunales competentes para que, mediante investigación rigorosa del patrimonio paterno, se asigne la dote correspondiente, sin que exceda nunca de la mitad de la legítima presunta.

El Código de Veracruz-Llave, en su artr 219. establece que el padre y la madre no tienen obligación de dotar á los hijos ni formarles un establecimiento para contraer matrimonio, con lo que vemos abierta oposición á las disposiciones del artículo que nos ocupa.

El Código del Uruguay, en su art. 1988, preceptúa que los padres no tienen obligación de dar á sus hijos los medios de formar un establecimiento, ni dotar á las hijas. El art. 147 del de Italia prescribe: que los hijos no tendrán acción alguna contra sus padres para obligarlos á fijarles una asignación por causa de matrimonio ó por cualquier otro título. Y en la mayoría de los Códigos se ve una tendencia á salvar á los padres de la obligación de dotar á sus hijas, y á dejarlos en completa libertad para poder ó no efectuarlo.

Art. 1341. La dote obligatoria á que se refiere el artículo anterior, consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. Si la hija tuviere bienes equivalentes á la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare á la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que falte para completarla.

En todo caso queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la localidad ó dentro del partido judicial.

A falta de parientes mayores de edad, resolverán los Tribunales, á su prudente arbitrio, sólo con las declaraciones de los padres.

Casi todos los Códigos modernos se ocupan de esto al tratar de las obligaciones que nacen del matrimonio; pero el nuestro, al estudiar la constitución

Digitized by Google

de la dote, y si bien reconoce que entre ésta, la legítima y los alimentos hay cierta relación, sostiene que tratarse deben separadamente.

Es inconcuso que el matrimonio debe alentarse dentro de lo racional; su constitución debe promoverse, y dar en su favor todas las disposiciones que á los demás no perjudiquen, puesto que su multiplicación da la norma de la moralidad y de la prosperidad pública; y por ello, la dote debe ser obligatoria, según el legislador, hasta cierto punto, para que los padres desnaturalizados (que son pocos), no cometan una arbitrariedad: y para esto el Código se apoya en los mismos fundamentos que las legítimas.

Por esto, si el Código sostiene las legítimas, no puede menos de sostener las dotes como obligatorias, apesar de que, por regla general, sustenta la libertad de la propiedad, que no se aduna en gran manera con tales obligaciones, pues estas son verdaderas trabas de dicha libertad.

Pero como el Código nuestro, al propio tiempo que preconiza esa libertad de la propiedad, presenta como necesarias esas excepciones, llamémoslas así, hemos de marchar bajo tan diversos supuestos, para tratar esta materia.

Los Códigos extranjeros, en su inmensa mayoría, ya lo digimos al comentar el artículo anterior, no obligan á dotar; presentan la dote por el contrario, como una donación graciosa y espontánea, que á nadie ni á los padres obliga, manifestándose en esto consecuentes con la libertad de la propiedad.

No sucedía lo mismo en el pueblo romano, donde, hasta la hija rica, debía ser dotada por su padre (ley 7.ª, tit. 11, lib. 5.° del Código romano; 19, tit. 2.°, lib. 23; y 41, lib. 32 del Digesto); y nuestras leyes patrias tomaron de ella sus prescripciones (leyes 8.ª, tit. 11, Part. 4.ª; 6.ª y 7.ª, tit. 3.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación).

Cuando la madre sobrevive al padre y le sucede por consiguiente en la patria potestad, ó cuando viviendo padre y madre, ésta sea más rica que su consorte, vienen obligados á dotar respectivamente á sus hijas legítimas.

Obsérvese bien que el Código se refiere á las hijas legítimas; y esto es porque á las hijas naturales no se les debía dar dote, con arreglo á la ley 41, párrafo 11, lib. 32 del Digesto, y conforme se prevenía en nuestra ley de Partida; y aun que algunos publicistas han sostenido lo contrario, la verdad es que la dote no puede confundirse con los alimentos, y que si bien éstos se deben hasta á la hija incestuosa y á la adulterina, como la hija natural no tiene derecho á la legítima que es precisamente lo que se toma por tipo para la dote, y esta, según el artículo que de nuestro Código nos ocupa, ha de consistir en la mitad de la legítima rigorosa presunta, de aquí el que no teniendo la hija natural derecho á legítima, no pueda tampoco tener derecho á la dote.

Prohibe nuestro Código las pesquisas de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y al propio tiempo ordena muy oportunamente, que los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, hagan esa regulación

Digitized by Google

sin más investigaciones que las que resulten de las declaraciones de los mismos padres donantes, y las de los dos parientes más próximos de la hija, varones y mayores de edad, procedentes el uno de la línea paterna y el otro de la materna, siempre que residan en la misma localidad ó dentro del partido judicial; y no habiendo parientes de esta clase resolverán los Tribunales á su prudente arbitrio, teniendo en cuenta las declaraciones de los padres solamente. Esto indica de modo claro que apesar de lo que se declama contra la justicia histórica, la comisión de Códigos no desconfía de ella, y encomienda á la misma los intereses más sagrados.

El Proyecto de 1851, en los párrafos 2.° y 3.° de su art. 1269, propuso preceptos análogos; y casi puede asegurarse que no se ven verdaderas concordancias en cuanto al tipo de valor señalado, mas que en el art. 1147 del Código de Portugal, si bien éste se refiere á los tercios.

Art. 1342. Los padres pueden cumplir la obligación de dotar á sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote, ó bien abonándoles una renta anual como frutos ó intereses del mismo.

Fija ya este artículo la manera de constituir la dote, y al efectuarlo prevee las necesidades de la casa paterna, y deja en libertad á los padres no sólo para optar lo más conveniente como medida económica, sino como autoritaria, sujetando así á las hijas á no desmembrar el caudal de la antigua familia de donde aquellas sacan su dote al crear nuevas sociedades familiares.

De lo contrario, el hombre de negocios que al casar á sus hijas se viese obligado precisamente á menoscabar su capital en la mitad de lo que las correspondería por legítima, descubriría su crédito quizá en términos perjudiciales para las mismas hijas, puesto que se privaría de atender á sus asuntos de la manera fácil que pudiera hacerlo con el capital acumulado, y causaría, las más veces, la ruina de su casa y la del porvenir de su familia, mucho más si se tratase de industriales y comerciantes.

El Tribunal Supremo de Justicia, en varias sentencias, y muy especialmente en la de 4 Mayo de 1866, declaró, que siendo la dote una legítima ó parte de ella anticipada, es potestativo en el padre entregarla en dinero ó en bienes.

Art. 1343. Cuando el marido sólo, ó ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote á sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad, ó en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotare por sí sóla, deberá imputarse lo que diere ó prometiere á sus bienes propios.

Digitized by Google

Al preceptuar el artículo que acabamos de consignar, que cuando el marido sólo, ó éste y su mujer conjuntamente, constituyeran dote á sus hijas, se pague con los bienes de la sociedad conyugal, viene á sentarse una presunción de mancomunidad en los bienes de la sociedad conyugal, ó sea en los gananciales, lo cual procede realmente del nuevo sistema implantado por nuestro Código, especialmente en su art. 1315, en cuyo párrafo último se previene que cuando los contrayentes no hubieren estipulado las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, se entienda que el matrimonio ha sido contraido bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales; y como precisamente en esos bienes de la sociedad conyugal se presume mancomunidad, viene el art. 1343, que comentamos, á sostener que cuando sólo el marido ó juntamente los dos cónyuges constituyeren dote á sus hijas, se pagará de bienes de dicha sociedad, ó sea de los gananciales; y esto es indudablemente porque, como el marido administra dichos bienes y obra en representación de la sociedad familiar de la que es gerente, lo mismo cuando sólo él, que cuando en unión de su consorte constituye dote á una de sus hijas, dicha dote debe abonarse de los mencionados bienes gananciales: pero si éstos no existieren, se pagarán por mitad ó en la proporción que los padres respectivamente se hubiesen obligado con los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Mas cuando la mujer fuere la que por sí sóla dotare, no siendo viuda ó no estando encargada por cualquier evento de la potestad materna, entonces como esta constitución de dote se hace con independencia de la que el jefe de la familia debiera haber realizado, de aquí el que dicha dote puramente materna y voluntaria en tal caso, deba imputarse á los bienes propios de la madre. Y esto se comprende perfectamente sin más que poner en relación armónica el artículo antes citado y el 1340 con el que al presente comentamos, porque si la madre, por haber fallecido el padre ó por ser rica y carecer de bienes su marido, constituye la dote lo mismo que cuando lo hace por estar sujeto á interdicción su dicho marido, entonces es indudable que la dote constituida es esencialmente necesaria, y que según los casos deberá imputarse su pago, ya á los bienes gananciales, ya á los bienes de ambos cónyuges si los tuvieren, ya exclusivamente á los de la madre si ésta fuese la que hubiere aportado bienes al matrimonio y no su marido.

Precedentes encontramos en la ley 7.ª, tit. 11.º, lib. 5.º del Código romano, y muy especialmente en la ley 4.ª, tit. 3.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1271, propuso preceptos que, aun cuando al parecer son iguales, se ven informados por distintos principios, por cuanto parten de bases distintas toda vez que en aquel Proyecto no se presume la mancomunidad sino en virtud de pacto expreso, y en nuestro Código, por lo que de-

Digitized by Google

jamos sentado en su art. 1315, la mancomunidad debe presuponerse siempre cuando por los cónyuges no se han estipulado las condiciones de la sociedad matrimonial con relación á los bienes presentes y futuros.

Más que concordancias vemos analogías, (puesto que marchan bajo base distinta de la de nuestro Código y muy en relación con el Proyecto antes citado), en los arts. 1544 del Código de Francia, 1392 al 1395 del de Italia, 1544 del de Bélgica, 1146 del de Portugal, 1690 del de Veracruz-Llave, 1989 del del Uruguay, 2258 y 2259 del de México, 2126 y 2127 del de la Baja California, 2257 y 2258 del de Campeche, 2322 del de la Luisiana, 1521 del Sardo y 1357 del de Nápoles.

Art. 1344. La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, ó constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales.

Trata el artículo que acabamos de consignar de la dote confesada por el marido cuya entrega no constare, ó que solamente se hiciere constar por documento privado; y preceptúase en él muy acertadamente que tal confesión no puede surtir más efecto que el de las obligaciones personales, de manera que viene en esto nuestro Código á confirmar el precepto de la ley Hipotecaria que consignado se halla en su art. 170 y del cual parece haberse copiado literalmente.

Importantísima es tal prescripción, pues si la mujer goza por razón de su dote de ciertos privilegios sobre los acreedores del marido y puede exigir de éste el aseguramiento de la restitución de los bienes dotales, no cabe duda que si se diera valor á la confesión del marido en cualquier tiempo efectuada se daría un sencillo y fácil medio para que todo hombre casado pudiera eludir el cumplimiento de sus compromisos sin más que confesar haber recibido una dote simulada. He aquí el por que de la razón de ser del artículo que de nuestro Código comentamos, y lo que precisamente motivó su consignación en el art. 170 de la ley Hipotecaria antes indicada, que corresponde precisamente á los arts. 180 de la de Cuba y 178 de las de Puerto Rico y Filipinas.

Más que precedentes vemos cierta relación en las leyes 19, tit. 9.°, Part. 6.ª; 28, párrafos 13, y 14, tit. 3.°, lib. 24 del Digesto; puesto que del que estas disposiciones pudieran haberse considerado como precedentes era del art. 1293 del Proyecto de 1851, que algunos muestran empeño en considerar como análogo al que de nuestro Código comentamos, y que realmente en nuestro concepto es diametralmente opuesto, por cuanto en aquel Proyecto se venía á determinar que la confesión del recibo de la dote perjudicaba al marido, á sus herederos, aunque fueren forzosos y á sus acreedores; y lo que aquí nuestro Código viene sustentando es precisamente la idea de que con una confesión de dote artificiosa no se perjudique á terceras personas.

Digitized by Google

Art. 1345. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, la mujer que tuviere á su favor dote confesada por el marido antes de la celebración del matrimonio ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el mismo marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes, en el momento de deducir su reclamación.

El legislador al establecer en nuestro Código este precepto idéntico al del art. 171 de la ley Hipotecaria peninsular, ó sea los 185 de Cuba y 179 de Puerto Rico y Filipinas, ha querido evitar el perjuicio que á la mujer pudiera irrogarse si se le privaba del beneficio de la hipoteca, cuando real y efectivamente hubiere llevado al matrimonio la dote confesada por el marido, y por descuido, ignorancia ú otro cualquier motivo dispensable no se hubiera hecho constar la entrega en documento público; y así como en el artículo anterior el legislador trató de remediar los abusos que con la confesión del supuesto recibo de una dote se cometieran, y los fraudes que á la sombra de tales confesiones se llevasen á cabo; así, el mismo legislador se ha propuesto con este art. 1345, que al presente nos ocupa, dejar á salvo los verdaderos intereses de la mujer, cuya dote confesada antes de la celebración del matrimonio ó dentro del primer año de él, tiene el carácter de entregada, siempre que se acredite judicialmente la existencia de los bienes dotales ó de otros equivalentes al deducir su reclamación: pero temeroso siempre de que pudiera haber una verdadera sofisticación ó un amaño en ciertas confesiones de recibo de dote, ha procurado dar la conveniente intervención á la autoridad judicial para que ante ésta pueda depurarse cuanto concerniente sea á la efectiva entrega de la dote confesada, cuya seguridad se trató de recabar por medio de una hipoteca.

En relación parece estar el artículo que nos ocupa con los arts. 1874 al 1876 de este mismo Código, y analogías vemos en los arts. 1999, núm. 3.°, 2000, número 7.°, y 2277 del Código de México; núm. 3.° del art. 1878, núm. 7.° del artículo 1875, y 2145 del de la Baja California; núm. 3.° del art. 1999, núm. 7.° del art. 2000 y 2277 del de Campeche; 1697 del de Veracruz-Llave, y 1122 del de Guatemala.

Art. 1346. La dote puede ser estimada ó inestimada.

Será estimada, si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado á restituir su importe.

Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bie-

Digitized by Google

nes, háyanse ó no evaluado, quedando obligado el marido á restituir los mismos bienes.

Si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada.

Conocida de antiguo la división de dote estimada y dote inestimada ha venido á reproducirse en este Código aquella distinción que objeto de tantas discusiones y que á tantos pleitos dió lugar, fijándose muchas veces en simples sutilezas de palabras que, aún prescindiendo de la verdadera significación que en si tenian, dividian y subdividian los intérpretes, haciendo ver no solo los diferentes efectos de la dote estimada y la dote inestimada, sobre todo, en cuanto al concepto juridico que de la primera se tenia partiendo de la base de que la estimación daba lugar á que la cosa dada en dote con tal carácter se conceptuase del dominio del marido, sin verse obligado á abonar á la mujer más que su estimación y colocando, por consiguiente, á ésta en la situación de un verdadero acreedor de mejor derecho; sino que aun dentro de esta nomenclatura habia quien sustentaba la tésis de que los efectos de la dote estimada eran distintos, según la estimación se declarase con causa de venta ó sin ella; mientras que al tratar de la dote inestimada se sentaba el principio de que la cosa dada con tal carácter se entendia siempre del dominio de la mujer, por más que se hiciese la entrega al marido y á éste se le confiase su administración. Pues bien: esta diversidad de apreciaciones en lo que ralmente solo debia implicar una unidad de bienes aportados por la mujer al matrimonio para atender con sus frutos al sostenimiento de las cargas del mismo, hoy lejos de producir los efectos que fueran de apetecer y que la variedad en la unidad produce siempre cuando están armónicamente relacionadas y sirve la primera para llevar á la segunda la claridad y el tecnicismo en el fondo, la estética en la forma, hoy, repetimos, ni es necesaria tal división con tanto más motivo cuanto que nuestro Código al aclarar y simplificar con sus preceptos los términos generales del derecho, hizo comprender bajo la genérica clase de donaciones por razón de matrimonio todos aquellos bienes que bajo diversos nombres ya de arras, ya de donaciones esponsalicias, ya de donaciones *propter nupcias*, etc., etc., aportaban los esposos á su matrimonio con independencia de la dote; ya que bajo el nombre de dote el Código ha venido á designarnos todos los bienes y derechos que en tal concepto aporta la mujer al matrimonio al tiempo de contraerlo y durante el mismo por donación, herencia ó legado con carácter dotal, y de cuyos bienes el marido se constituye en administrador usufructuario asegurándole su devolución al disolverse el matrimonio, bien reintegrándole los mismos bienes dotales, si existieren. bien abonándole su estimación; creemos que realmente no era necesaria esa división de dote esti-

Digitized by Google

mada é inestimada que quizá con las reminiscencias de lo que bajo su nombre se sostuvo pueda darse lugar á innumerables litigios.

Precedentes encontramos en las leyes 10.ª, 12.ª, 14.ª, 15.ª, 16.ª y 69.ª, tit. 3.º, lib. 26 del Digesto; 1.ª, 5.ª y 10.ª, tit. 12, lib. 5.º del Código romano; 18.ª y 19.ª, tit. 11, Part. 4.ª; 2.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación; viéndose relacionado el precepto que nos ocupa con los de los arts. 169 y 172 al 177 de la ley Hipotecaria para la península, ó sean los correspondientes á los arts. 183 al 191 de la de Cuba y 177 al 185 de las de Puerto-Rico y Filipinas.

Art. 1347. El incremento ó deterioro de la dote estimada, es de cuenta del marido, quedando sólo obligado á restituir el valor por que la recibió y á garantizar los derechos de la mujer en la forma que se dispone en los artículos siguientes.

El precepto que acabamos de consignar demuestra bien á las claras que el legislador al dar nuestro Código, en esta materia ha sostenido las teorías de la ley antigua, pues solo bajo sus auspicios podia preceptuarse, como preceptúa el artículo que al presente nos ocupa, que el incremento ó deterioro de la dote estimada sea de cuenta del marido aunque ese deterioro haya tenido lugar en utilidad y por servicio de la sociedad conyugal, ó ese incremento fuera debido á los trabajos y cuidados que los cónyuges y su familia se han impuesto para sostener y aumentar el desarrollo de esos mismos bienes dotales. Por esto nosotros creemos que tales teorías, de origen puramente romano, podrian sentar perfectamente dentro del sistema dotal romano en que se veia la división de la propiedad de la administración y hasta de la renta de los bienes de los respectivos cónyuges; pero hoy que se establece en nuestro derecho patrio para la constitución económica de la familia el sistema de gananciales, salvo los pactos que entre los contrayentes se hubieren estipulado, hoy que existe según el art. 1315 de nuestro Código, la presunción legal de esa sociedad de gananciales, no se comprende que siendo consecuentes con aquellos principios allí establecidos se vengan á crear capitales separadamente dentro de esa misma sociedad, pues si los dos cónyuges son uno en esa especial sociedad matrimonial, si esa nueva familia marcha á un fin común y se conceptúa como una sola entidad jurídica, no se concibe bien que el uno especule á costa del otro ni que un cónyuge se perjudique en favor de su consorte, pues lo racional y lógico es, que en una sociedad cualquiera, los socios estén á ganancias y pérdidas por partes iguales ó por partes proporcionales á sus capitales aportados, y no que un socio medre á costa del otro ó se empobrezca en favor de los demás. Y si esto no es lógico suponerlo en una sociedad cualquiera medianamente organizada, era menos de esperar en la sociedad más igual, más segu-

Digitized by Google

da, más de confianza, menos especulativa, de mayor carácter de bondad y base verdadera de los pueblos cual es la sociedad conyugal. Pues bien, con este artículo se dará el caso de que recibiendo un marido como dote estimada bienes que su mujer aportase al matrimonio por un valor de veinte mil duros, habiéndose dedicado ese marido á explotar aquel capital, llegue á obtener un caudal fabuloso sin que en él dé participación alguna á su consorte de quien procedian dichos bienes; y por el contrario llegaremos á ver que aquel marido que aceptando como estimada esa misma dote tuvo desgracia en la negociación con la sola mira de aumentar el capital de la familia, se ve en el caso de responder de aquello que precisamente se dedicó al fomento de los haberes de la propia familia. De manera que con tal sistema ni hay verdadera sociedad, ni hay igualdad entre los socios que la componen, ni hay proporcionalidad de derechos y obligaciones.

Pero es más, si la dote se lleva al matrimonio para atender con sus intereses ó productos al sostenimiento de las cargas del mismo, ¿por qué no ha de obtener un beneficio proporcional á lo que con ellas se produjese, el que aporta á la sociedad tales bienes?

La lógica no abona el sostenimiento del precepto que entraña el art. 1347 que de nuestro Código comentamos, dada la libertad de la propiedad y la sociedad legal de gananciales.

Precedentes encontramos en la ley 18, tit. 11, Part. 4.ª, que parece haberse tomado de la ley 10, tit. 12, libro 5.° del Código romano, y en relación está el artículo que nos ocupa con el art. 1425 de este mismo Código.

Vemos concordancias en los arts. 1562 del Código de Francia, 1408 del de Italia, 1562 del de Bélgica, 1162 al 1165 del de Portugal, 1991 del del Uruguay, 1251 del de la República Argentina, igual al del Uruguay citado, y otros; en los cuales, especialmente en los de Francia, Italia y Bélgica, se ve verdadera analogía con el nuestro y casi exacta concordancia en lo sustancial; pero se comprenden mejor que en el nuestro en aquellos Códigos tales prescripciones, porque el sistema dotal se regula bajo distinto régimen que el nuestro. Así es que está perfectamente que se determine allí, como se determina en los tres primeramente citados, que el marido será responsable respecto de los bienes dotales, de todas las obligaciones del usufructuario; y que lo será también de todas las prescripciones adquiridas y de los deterioros que hayan sobrevenido por su culpa; como está también perfectamente que se prevenga, como se previene en el art. 1701 del Código de Veracruz-Llave, que la rebaja que sufriere la dote, será indemnizada á la mujer, solo en cuanto hubiera aprovechado al marido; como está bien entendido que el marido tenga los derechos y los deberes del usufructuario, respecto de la dote, según se preceptúa en los arts. 2271 del Código de México, 2139 del de la Baja California y 2271 del de Campeche, por cuanto, según los referidos Códigos, al marido pertenece la administración y usufructo de la dote.

Digitized by Google

Art. 1348. Si el marido que haya recibido la dote inestimada se cree perjudicado por su valuación, puede pedir que se deshaga el error ó agravio.

Obedece este precepto á un principio de justicia y es altamente equitativo. Donde hay error debe corregirse; puesto que los actos y contratos fundados en falsa base ó bajo un supuesto error substancial pueden anularse, y tratándose de cuanto concierne á la unidad de dos seres que constituyen una nueva familia, entre los que la especulación no debe existir y donde seria monstruosa la explotación del uno contra el otro, tratándose de dos personas que desde el momento del sacrosanto enlace deben conceptuarse como una sola personalidad, como una sola entidad jurídica, con unas mismas miras y con un interés cumún, mucho menos podria admitirse un perjuicio por error ni dolo, pues esto es inconcebible entre marido y mujer que son lo que deben ser.

La ley 16.ª, tit. 11, Part, 4.ª, y la ley 2.ª, tit. 1.°, lib. 10 de la Novisima Recopilación, contenian preceptos análogos, pudiendo pedir se deshiciera el error, según las primeras, lo mismo el que daba la dote que el marido que la recibia.

Art. 1349. El marido está obligado:

1.° A inscribir en su nombre é hipotecar en favor de su mujer los bienes inmuebles y derechos reales, que reciba como dote estimada ú otros bastantes para garantir le estimación de aquéllos.

2.° A asegurar con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entreguen.

Viene este artículo á determinar el aseguramiento de la dote y la manera de efectuarlo. El marido, para ello, inscribe en primer lugar los bienes inmuebles y derechos reales que comprenda la dote estimada, en su nombre, y enseguida los hipoteca á favor de la mujer que los aportó, y si no fuera esto bastante para garantir la estimación de aquéllos, hipotecar debe otros de su peculio en cantidad suficiente para responder de aquella estimación.

Además el marido está obligado á asegurar con hipoteca especial suficiente los demás bienes que como dote estimada le entreguen. De manera que no es solo por la dote por lo que presta aseguramiento, sino por los demás bienes que con el carácter de dote estimada recibe.

Interesa á la causa pública salvar la dote de la mujer. Y por ello se impone al marido esta obligación, sin que pueda ser relevado de ella ni aun en las capitulaciones matrimoniales.

Digitized by Google

El derecho romano consideraba nulo el pacto por el que se obligaba el marido al afianzamiento de la dote, por cuanto se creia esto un acto de desconfianza contrario á la dignidad del matrimonio, según se consigna en las leyes 1.ª y 2.ª, tit. 41, lib. 8.º del Código romano; mas el Digesto en su ley 2.ª, tit. 3.º, lib. 23, establecia la hipoteca legal tácita á favor de todos los bienes dotales, y si bien la ley 24, tit. 13, Part. 5.ª, siguió los precedentes del Digesto estableciendo la prenda ó hipoteca tácita en favor de la mujer, con nuestra vigente ley hipotecaria han venido a sustituirse aquellas hipotecas privilegiadas, por la hipoteca legal, basada en el pricipio de la publicidad y especialidad que informa el espiritu y letra del art. 169 de nuestra mencionada ley hipotecaria, con la que concuerdan los arts. 183 de la ley de Cuba y 177 de las de Puerto-Rico y Filipinas.

El art. 1279 del Proyecto de Código de 1851, propuso un precepto análogo al que de nuestro Código comentamos, y en relación se encuentra éste con los arts. 334, 1857 y 1874 al 1876 del mismo Código.

Vemos concordancias en los arts. 1547 del Código de Francia, 1596 del de Italia; 1547 del de de Bélgica, 2333 del de la Luisiana, 1531 del Sardo, 1368 del de Nápoles y 1090 al 1101 del de Vaud, en los que se exije que el marido asegure la restitución de los bienes dotales, por un asignado que envuelva hipoteca sobre uno ó mas bienes inmuebles, y si no los posee, por un recibo ó reconocimiento que se convertirá en asignado con hipoteca si después los adquiere el marido, y cuando éste no tuviere propiedad alguna con la que pueda asegurar suficientemente la restitución de dichos bienes muebles dotales y los parientes de la mujer ó la municipalidad tuvieren motivo para temer la disipación de dichos bienes, el marido estará obligado á adquirir inmuebles con el importe de aquellos y constituir en favor de su mujer un asignado sobre los inmuebles adquiridos.

Los articulos antes citados de los Códigos de Francia, Italia y Bélgica, se limitan á ordenar que los que constituyan dote, estarán obligados á garantizar los objetos con que le hayan constituido; mas luego se ve que en los arts. 1550 del Código francés, 1400 del de Italia y 1550 del de Bélgica, se preceptúa en primer término lo contrario que en el nuestro, puesto que previenen que el marido no estará obligado á constituir fianza por la dote que reciba, si no se hubiese obligado en el acto de constituirse aquélla, ó en las capitulaciones matrimoniales, según dice el francés. Sin embargo, continua el artículo citado del de Italia, cuando después del matrimonio haya sobrevenido en la fortuna del marido una transformación ó disminución por la cual la dote llegue á estar en peligro y cuando el que la haya constituido ó la adeude sea del número de los que están obligados á dar alimentos, el Tribunal podrá, á instancia de este último, prescribir las garantías oportunas para la seguridad de la dote.

El art. 1945 del Código del Uruguay prescribe que el marido no tiene que

Digitized by Google

afianzar para la recepción de la dote, á no haberse estipulado en el contrato de matrimonio; y en cambio el art. 1122 del Código de Guatemala previene que en la escritura en que se constituye la dote deben hipotecarse los bienes del marido ó los que basten para garantizar la misma dote, y esta hipoteca se inscribirá en el Registro correspondiente, sin cuya formalidad no será válida.

El Código de México, en su art. 2277, preceptúa que el marido en cualquier tiempo que reciba la dote y cuando ésta se aumente, estará obligado á constituir la hipoteca que establece el art. 1999 de dicho Código: y lo mismo se previene en el art. 2277 del Código de Campeche, como sucede también en el 2145 del Código de la Baja California, con referencia al art. 1878 del mencionado Código.

El Código de Veracruz-Llave, en su art. 1697, previene que el marido está obligado á constituir hipoteca especial para la seguridad de los bienes dotales inmuebles, antes ó al tiempo de recibirlos, si tuviera bienes inmuebles propios; y en caso de no tenerlos, tan luego como los adquiera para si ó para la sociedad legal.

Art. 1350. La cantidad que debe asegurarse por razón de dote estimada no escederá del importe de la estimación, y, si se redujere el de la misma dote, se reducirá la hipoteca en la misma proporción.

El precepto de este artículo no puede ser más justo y equitativo, responde á la necesidad de asegurar la dote estimada, pero al propio tiempo no exagera la responsabilidad, sino que la circunscribe á lo necesario; y por esto cuando se reduce el importe de la estimación de la dote, ha de verificarse análoga y proporcional reducción en la hipoteca.

No es nuevo este precepto, pues en la esencia vemos idéntica prescripción en el art. 146 de nuestra ley Hipotecaria peninsular, al que corresponde el artículo 190 de la de Cuba y el 182 de las de Puerto Rico y Filipinas (segun puede verse en la página LX de nuestro tomo segundo), si bien en la ley Hipotecaria se adicionan algunas frases que implican la razón de ser de la reducción de la dote; y se determina que la reducción proporcional de la hipoteca se haga prévia la cancelación parcial correspondiente.

Los Códigos extranjeros modernos no tienen concordancias concretas con el artículo que de nuestro Código comentamos, por cuanto tratan en su mayoría de esta materia exclusivamente en sus respectivas leyes hipotecarias, y apenas exponen en sus Códigos civiles preceptos análogos al que del nuestro al presente nos ocupa.

Digitized by Google

Art. 1351. La hipoteca constituida por el marido en favor de la mujer garantizará la restitución de los bienes, ó de su estimación, en los casos en que deba verificarse conforme á las leyes y con las limitaciones que éstas determinen, y dejará de surtir efecto y podrá cancelarse siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir.

Es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse, y nada sobre ello debiéramos decir, por cuanto no se ve necesidad de explicar lo que con tanta claridad expuesto vemos en nuestro Código, pues evidente e incuestionable es que la hipoteca constituida por el marido en favor de la mujer, sirve para garantizar la restitución de los bienes ó el pago del importe de su estimación, según los casos, efectuándose este reintegro con sujeción á las leyes, dejando de producir efecto y cancelándose tal hipoteca cuando el marido quede dispensado de la obligación de restituir por cualquiera legítima causa.

Tenemos también en la ley hipotecaria un artículo, el 175, que es esencialmente igual al que de nuestro Código nos ocupa, y que corresponde al art. 189 de la de Cuba, y al 183 de las de Puerto Rico y Filipinas, consignados ya en el tomo segundo de esta obra; y en relación está con los arts. 225, 1365 al 1380, 1436 y 1443 de este mismo Código.

El art. 1572 del Código de Francia nos dice sobre este particular, al tratar de la restitución de la dote, en su art. 1572, que la mujer y sus herederos no tendrán el privilegio de repetición de la dote sobre sus acreedores anteriores á ella con hipoteca.

Igual precepto sustenta el art. 1572 del Código de Bélgica, mientras que el 1996 del del Uruguay, preceptúa que el marido es responsable con sus propios bienes de lo que por dolo ó culpa dejara de cobrar de la dote ó de los perjuicios que esta experimentase por las mismas causas; encontrándose tambien alguna analogía en los arts. 1135 y 1137 del Código de Guatemala y 1695 del de Veracruz-Llave.

Art. 1352. La mujer casada mayor de edad puede exigir por sí misma la constitución de hipoteca é inscripción de bienes de que trata el art. 1349.

Si no hubiese contraído aún matrimonio, ó, habiéndolo contraido, fuese menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se contituya, el padre, la madre ó el que diere la dote ó los bienes que se deban garantizar.

Digitized by Google

A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté ó no casada, deberán pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus Vocales.

Este artículo viene á demostrar la facultad que la mujer tiene de exigir la constitución de hipoteca é inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales que reciba el marido como dote estimada y para asegurar con hipoteca especial los demás bienes como muebles, semovientes, etc., que como dote estimada se entregasen á dicho marido.

Pero es mas, este artículo prevee el caso de que, no habiendo aún contraido matrimonio una mujer y asignado ya el caudal que ha de constituir su dote, desde el momento en que se le señala su legítima, ó si habiendo contraido nupcias fuese menor, el derecho á que se refiere el primer apartado del artículo que comentamos, debe ejercitarlo el padre, la madre, ó la persona que diere la dote ó los bienes que han de ser objeto de garantía, cuyas personas son precisamente las que han de calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya para garantizar aquellos bienes, tanto en el caso de que la mujer no hubiese contraido aún matrimonio, como en el de que habiéndolo contraido fuese menor. Lo cuál se comprende perfectamente, pues no estando en condiciones de pedir por si misma lo que en general la ley concede á toda mujer casada, han de ser sus legítimos representantes los que efectuen dicha petición.

Cuando las mencionadas personas que complementan, por decirlo así, la personalidad de la mujer menor de edad, no existan, viene hoy con arreglo á nuestro Código, á tener que pedir la efectividad de esos mismos derechos el tutor de esa menor, su protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, de manera tal, que no quede esa menor sin la debida representación para exigir la hipoteca á que se refiere el primer apartado del artículo que nos ocupa; que por cierto es esencialmente igual al art. 182 de la ley Hipotecaria, sin mas diferencia que designar éste en su último apartado como representante de la menor, al curador si lo hubiere, en razón á que en la época que se dió dicha ley, el tutor se daba para los impúberes, y el curador para los púberes menores de edad, mientras que desde la publicación de nuestro Código han desaparecido los curadores, extendiéndose las funciones del tutor no sólo al cuidado de la persona que á su guarda se confia, sino á la administración de sus bienes, con la intervención del protutor que ántes no se conocia, y bajo la autoridad del consejo de familia, de reciente creación.

El artículo que es objeto de este comentario guarda relación con los artículos 155, 206, 209, 236, 312 y 320 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2004 del Código de México, 1878 del de la Baja Ca-

Digitized by Google

lifornia, 2004 del de Campeche, 1711 del de Veracruz-Llave, y otros; pero muy especialmente se ve esta concordancia en los citados artículos de México y Campeche, puesto que preceptúan que la constitución de hipoteca para asegurar la dote, puede ser pedida: 1.° Por la mujer si fuere mayor.—2.° Por el que haya dado la dote.—3.° Por los padres de la mujer, aunque ellos no dieren la dote.—4.° Por el tutor; y si bien hasta aquí están conformes ambos Códigos, el de Campeche señala en quinto lugar al Ministerio público, mientras que el de México consigna tal prescripción en artículo aparte, ó sea en el art. 2005, que es el que corresponde precisamente al artículo siguiente de nuestro Código.

Art. 1353. Si el tutor, el protutor ó el consejo de familia no pidieren la constitución de la hipoteca, el Fiscal solicitará de oficio, ó á instancia de cualquier persona, que se compela al marido al otorgamiento de la misma.

Los Jueces municipales tendrán también obligación de escitar el celo del Ministerio fiscal á fin de que cumpla lo preceptuado en el párrafo anterior.

El artículo que acaba de consignarse demuestra más y más el buen deseo del legislador y la tendencia expresa del mismo á no omitir medio de exigir la constitución de hipoteca é inscripción de bienes de que trata el art. 1349 en favor de la mujer; y por esto determina que si los representantes natos de la mujer menor de edad no piden la constitnción de esa hipoteca, el Ministerio fiscal solicitarla debe de oficio ó á instancia de cualquier persona, y no tranquilo todavía con esto el legislador, manda á los Jueces municipales exciten el celo del Ministerio fiscal, para que esa constitución de la hipoteca se lleve á cabo, pues conceptúa de orden público el aseguramiento de los bienes de la mujer y vela por su conservación con más empeño que por aquellos que corresponden á cualquier otro menor.

El artículo que de nuestro Código comentamos conviene en lo sustancial con el art. 183 de la ley Hipotecaria de la península, al que corresponden los arts. 197 de la de Cuba y 191 de las de Puerto Rico y Filipinas; teniendo también bastante relación con los arts. 184 y 185 de la misma ley Hipotecaria peninsular, con el art. 131 del Reglamento para su ejecución (véase pág. LXII de nuestro 2.° tomo), con el 39 de la Instrucción para redactar instrumentos sujetos á Registro de 9 Noviembre de 1874, y con el 838 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Concuerda en su primera parte con el art. 2005 del Código de México, con el núm. 5 del art. 1878 del de la Baja California, y con el núm. 5 del art. 2004 del de Campeche, sin que ninguno de éstos haga indicación del deber que impone nuestro Código á los Jueces municipales.

Digitized by Google

Art. 1354. Si el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca de que trata el art. 1349, quedará obligado á constituirla sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

La garantía que se busca en este Código para constituir la hipoteca, quiere extenderse al caso en que no teniendo el marido bienes propios para constituirla, pueda adquirirlos, y, celoso el legislador en este asunto, viene á determinar que se constituya dicha hipoteca en los primeros bienes que el marido adquiriere.

En perfecta relación se encuentra el artículo que de nuestro Código nos ocupa con el art. 186 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponde á los arts. 200 de la de Cuba y 191 de las de Puerto Rico y Filipinas, viéndose también gran relación con el art. 187 de dicha ley Hipotecaria y sus concordantes de las de Ultramar, con el 121 del Reglamento para su ejecución, con los artículos 38 y 41 de la Instrucción para redactar instrumentos sujetos á registro antes citada, y con los arts. 334, 1857, 1874 al 1876 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en el párrafo 2.º de su art. 1279, propuso un precepto análogo; y si bien en los Códigos de la Luisiana, Nápoles, Francia y Bélgica se ven preceptos enteramente contrarios como los que ya indicamos en comentarios anteriores y muy especialmente el art. 1550 de dicho Código francés, en cambio los arts. 1090 y 1101 del Código de Vaud, también extractados recientemente, vienen á estar conformes con lo que prescribe el artículo que de nuestro Código al presente comentamos; y verdaderas concordancias vemos en los arts. 2278 del Código de México, 2146 del de la Baja California, 2278 del de Campeche y último párrafo del 1697 del de Veracruz-Llave, en todos los cuales se previene de un modo terminante que si el marido no tiene bienes inmuebles propios, hipotecará los primeros que adquiera de esta clase.

Art. 1355. Siempre que el todo ó una parte de los bienes que constituyan la dote estimada consista en efectos públicos ó valores cotizables, y mientras su importe no se halle garantizado por la hipoteca que el marido está obligado á prestar, los títulos, inscripciones ó documentos que le representan se depositarán á nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto.

El legislador para salvar aquí la dote estimada consistente en efectos públicos y valores cotizables, ordena que mientras no se garantice debidamente

Digitized by Google

por el marido el importe de aquellos valores, deben depositarse los títulos, inscripciones ó documentos que los representen, á nombre de la mujer, y con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los al efecto destinados por la ley. No se dice empero á qué clase de establecimiento ha de acudirse para tales depósitos, pues destinados á recibir los necesarios son, tanto la Caja general de Depósitos y sus sucursales según el art. 3.° del Real Decreto de 19 Agosto de 1871 y el art. 2.° del Reglamento de dicha Caja de 17 Enero de 1874, como el Banco de España y sus sucursales, de conformidad con lo que previene el Decreto de 24 Marzo de 1874: y aunque mejor fuera que el Código hubiera designado de modo terminante y claro el establecimiento público en que se hubieran de hacer tales depósitos, hoy por hoy, quedar debe al arbitrio de los interesados verificarlo en el Banco de España ó en la Caja general de Depósitos.

Art. 1356. En los casos en que el marido esté obligado á asegurar con hipoteca bienes muebles de dote inestimada, serán aplicables las disposiciones contenidas en los arts. 1349 al 1355, respecto á las dotes estimadas.

En el precepto que acaba de consignarse viene á legislarse por referencia á las disposiciones anteriormente indicadas aplicando á la dote inestimada las mismas prescripciones que las que se han señalado para la dote estimada en cuanto al aseguramiento de la misma; pero parece referirse más bien á los bienes muebles de la dote inestimada que á los demás bienes en que también pueden constituir dicha dote.

Nada más puede decirse respecto de este artículo, por cuanto aceptándolo tal cual está escrito, y circunscribiéndose al aseguramiento con hipoteca de los bienes muebles de dicha dote inestimada, no hay más que referirse también á los comentarios que dejamos hechos á cada uno de los arts. 1349 al 1355 á que el mismo, que al presente nos ocupa, se refiere.

No quisiéramos extendernos en consideraciones inútiles; pero ya que nuestro Código sienta una presunción legal, para el caso en que no hubiere pacto en contrario, la de la existencia de la sociedad legal de gananciales; ya que la libertad de la propiedad se ha proclamado; ya que en la dote debemos ver una base estable y segura del afianzamiento y sosten de la familia, de su porvenir, ya que esa dote, en términos generales, se lleva por la mujer al matrimonio, para que con sus productos pueda atenderse á las necesidades de la familia, y que el marido es un mero administrador y usufructuario conjuntamente con la familia de esa dote, cuya propiedad pertenece á la mujer, nosotros hubiéramos sentado la presunción legal de que la dote se consideraba siempre ines-

Digitized by Google

timada, mientras no se justificase pacto en contrario, y así nos encontraríamos con más consecuentes prácticas, y más lógica relación entre los principios sustentados acerca de la libertad de la propiedad, de la sociedad legal de gananciales bajo la cual deben girar los contratos por razón de matrimonio, y más equidad en las consecuencias favorables ó adversas de los actos conyugales.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LA ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO DE LA DOTE.

Art. 1357. El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexos á la administración y al usufructo, salvas las modificaciones expresadas en los artículos siguientes.

Interesante en extremo es esta sección en la que no se trata solo de la administración y usufructo de la dote, sino de la fianza, de la enajenación de ciertos bienes y hasta del arrendamiento por largo tiempo de los bienes dotales.

Según los diversos sistemas seguidos en diferentes Códigos extranjeros, trátase en ellos de asunto tan importante, pues natural es que donde los cónyuges sometidos se encuentran en la constitución de la familia, á un regimen de comunidad, no han de seguirse las mismas reglas que donde se hubiera sometido á una absoluta separación de bienes; y tampoco pueden caminar bajo idénticos derroteros los que constituyan económicamente la familia bajo los libres pactos de una sociedad común que aquellos que se sometieran á las presunciones bajo las que se funda una sociedad puramente legal; pues reconociendo distintos principios, la consecuencia ha de ser diversa.

El Código que nos rige sigue un eclecticismo razonable, dentro del cual (nos referimos á los principios bajo que se constituye la sociedad familiar), caben tendencias hasta cierto punto opuestas, puesto que deja en libertad á los contrayentes para que pacten su organización, y sienta la presunción legal, de que en lo que expresamente no esté alterada la constitución de la familia por la convención de los cónyuges, tiene un carácter de sociedad legal con sus gananciales y demás consecuencias. Pero no ha sido extremoso el legislador en este punto, dando á esa libertad un sentido insostenible, hasta llegar á colocar en absoluto bajo un mismo nivel al marido y á la mujer, y creando entre ellos una igualdad que rechaza la naturaleza y pugna con el buen sentido; no. El

Digitized by Google

legislador, conociendo bien las facultades naturales del hombre y de la mujer, la fuerza y rudeza del uno, la debilidad y finura de la otra; el sentimentalismo de ésta, la frialdad de aquél; el apasionamiento del *ser* débil, la racionabilidad del *ser* fuerte y reflexivo, no podia colocarles en una igualdad de condiciones absoluta, que produciria la mayor de las desigualdades; y, comprendiendo que la igualdad, como todo, debe ser relativa en la vida práctica, para que produzca los efectos útiles y favorables á los individuales derechos y á los intereses sociales, ha tratado de armonizar ese sistema social con las dulces costumbres de la mujer nacida para ser buena madre de familia, y con los hábitos del trabajo profundo y lucrativo que el hombre debe tener; y por ello ha designado como el administrador de los bienes matrimoniales al marido, como la sostenedora de las delicadas labores de la casa y de los afectos familiares, á la mujer.

No teman, por lo tanto, los que declaman contra nuestro Código, por suponer erróneamente, que en este texto se parte del principio de que en la mujer existe una capacidad igual á la del marido, y que se admita una absoluta igualdad entre los cónyuges que desnaturaliza el matrimonio. No; nuestro Código no se opone á las diferencias que la naturaleza ha creado; nuestro Código no sienta una igualdad ridícula que haria desiguales relativamente á los cónyuges; hace igual la mujer al hombre en los beneficios, en su condición; hace á la mujer digna de las mayores atenciones sociales en su esfera; le dá más garantías de seguridad porque debe atender á su propia debilidad; garantiza sus bienes con más celo que los del ser fuerte, para suplir aquella misma debilidad, aquilatar las fuerzas, y nivelar las condiciones de uno y otro; pero no crea ni puede crear nunca una igualdad absoluta, reñida con lo humano, insostenible en la naturaleza, utópica y absurda en el orden metafísico, en el orden histórico, en el económico y en el legal.

Tiene sus precedentes el art. 1357 que comentamos, en las leyes 20.ª y 30.ª, tit. 12.°, lib. 5.° del Código romano; 7.ª, 10.ª y 17.ª, tit. 3.°, lib. 23; 7.ª, tit. 3.°, libro 24 del Digesto; 7.ª, 20.ª y 28.ª, tit. 11.°, Part. 4.ª.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1276 propuso preceptos análogos; y en relación está con los artículos 59, 467, 471 al 512 y 1401 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1549 y 1562 del Código de Francia, 1399 y 1408 del de Italia, 1549 y 1562 del de Bélgica, 1148 del de Portugal, 1091 del de Guatemala, 1994 del del Uruguay, 2332 y 2334 del de la Luisiana, 1063 y 1066 del de Vaud, 2269 del de México, 2137 del de la Baja California, 2269 del de Campeche, 1624 del de Veracruz-Llave, 1276 del de la República Argentina y 1749 del de Chile.

Art. 1358. El marido no está obligado á prestar la fianza de los usufructuarios comunes; pero sí á inscribir en el Registro, si no lo estuvieren, á nombre de la mujer y en calidad de dote ines-

Digitized by Google

timada, todos los bienes inmuebles y derechos reales que reciba en tal concepto, y á constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles.

Es indudable que el marido no está obligado á prestar fianzas, por la sencilla razón de que, estando como está asegurada la restitución de la dote por la hipoteca dotal, no hay necesidad de prestar una fianza que no podría tener otro objeto que el del mismo aseguramiento, ya obtenido, de la restitución por el medio indicado de la hipoteca, y que es á todas luces más eficaz.

En la dote estimada, sabido es que el dominio pasa al marido, respondiendo de su estimación; pero en la dote inestimada, única en que cabe el usufructo, el dominio sigue permaneciendo en la mujer, y por lo tanto el marido no puede venderlos (como tampoco la mujer sin autorización marital); de manera que los bienes que comprende la dote inestimada, no pueden ser vendidos, donados, cedidos, permutados, enajenados, sin el concurso de los dos cónyuges, y por ello huelga toda prestación de fianza.

En relación perfecta este precepto con los de los arts. 168. 169 y 177 de la ley Hipotecaria, muy principalmente con el 169, no deja de tenerla también con los arts 334, 467, 491 y 492 de este mismo Código, y con el art. 42 de la Instrucción para redactar instrumentos públicos sujetos á registro.

Concuerda con los arts. 1550 del Código de Francia, 1400 del de Italia, 1550 del de Bélgica, 1139 del de Portugal, 2270 del de México, 2138 del de la Baja California, 2270 del de Campeche, 1995 del del Uruguay, y otros, que se fundan en los mismos principios antes expuestos, principios ya sentados en el art. 168 de la ley Hipotecaria antes citada de la Península (que corresponde á los arts. 182 de la de Cuba y 176 de las de Puerto Rico y Filipinas), en cuyo núm. 1.° establece hipoteca legal en favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de Notario; por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley; por los parafernales que con las mismas solemnidades hayan entregado á sus maridos; y por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos, etc., etc.; y luego el art. 169 de nuestra ley Hipotecaria (que corresponde á los arts. 183 de la de Cuba, y 177 de las de Puerto Rico y Filipinas), se previene que la mujer casada, á cuyo favor la ley establece hipoteca legal, tendrá derecho á que se le hipotequen é inscriban en el Registro los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada ó con la obligación de devolver su importe; á que se inscriban en el Registro, si ya no lo estuvieren en calidad de dotales ó por el concepto legal que tuvieren todos los demás bienes inmuebles y dere-

Digitized by Google

chos reales que el marido reciba como inestimados, y deba devolver en su caso; y á que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los demas bienes no comprendidos en los párrafos anteriores que se le hubieren entregado por razón de su matrimonio.

Art. 1359. No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el marido que reciba en dote estimada ó inestimada, efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles y no los hubiere asegurado con hipoteca, podrá, sin embargo, sustituirlos con otros equivalentes, con consentimiento de la mujer si ésta fuere mayor, y con el de las personas á que se refiere el art. 1352, si fuere menor.

También podrá enajenarlos con consentimiento de la mujer, y en su caso de las personas antes enunciadas, á condición de invertir su importe en otros bienes, valores ó derechos igualmente seguros.

Viene á sentar este artículo una verdadera excepción á las reglas sentadas en los anteriores, que realmente no pugna en su espíritu y tendencias, pues como los efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles, llevan en su naturaleza la movilidad y negociación acertada para que produzcan, se hace necesario el asegurar su reintegro con hipoteca, y si esto no se hubiera realizado, para facilitar su tráfico el Código autoriza su sustitución con otros equivalentes, pero siempre mediante consentimiento de la mujer si fuese mayor, y siendo menor, de sus padres, tutores, protutores, consejo de familia y vocales del mismo. Y la razón de la diferencia se comprende perfectamente sin mas que atender á que los bienes inmuebles se inscriben á nombre del marido, y luego se constituye una hipoteca especial á favor de la mujer, mientras que estos efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles, no se pueden inscribir á nombre del marido ni hipotecar á favor de la mujer; y por ello se hace indispensable el aseguramiento con una hipoteca sobre otros bienes, librándose solo de esta formalidad por la sustitución con otros valores equivalentes.

Y comprendiendo el legislador que la acertada contratación de tales valores es lo que les da valor y desarrollo, facilita más su negociación facultando al marido para su enagenación con consentimiento de la mujer ó de las personas á que antes nos hemos referido cuando la mujer necesite su intervención, y siempre á condición de invertir su importe en otros bienes valores ó derechos igualmente seguros.

Lo expuesto indica bien á las claras que el art. 1359 que de nuestro Código comentamos, ha venido á modificar las disposiciones de las leyes 7.ª, 19.ª y 26.ª

Digitized by Google

tit. 11, Part. 4.ª, puesto que las dos primeras autorizaban al marido para disponer libremente de los bienes muebles é inmuebles que recibia en calidad de dote estimada, y la última tan solo á la mujer conferia el derecho de enagenar los bienes que constituian la dote inestimada; mientras que en nuestro Código, art. 1359, se determina que procedan de dote estimada ó inestimada, si los bienes que la constituyen son efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles, puede el marido enagenarlos con la debida autorización de su mujer ó de quien deba completar su personalidad para los efectos del caso; y al cumplir dicho precepto, tenerse en cuenta debe los que entrañan los arts. 320 y 337 del mismo Código.

Concuerda en parte con los arts. 1552 y 1556 del Código de Francia, 1402 y 1404 del de Italia, 1552 y 1556 del de Belgica, 1755 del de Chile, 1140 del de Portugal, pero ninguno de ellos es tan expresivo y tecnico como el nuestro, que en perfecta relación se encuentra también con el art. 1355 de este mismo Código: alli se ordena que los efectos públicos y valores cotizables que constituyan la dote estimada se depositen á nombre de la mujer en un establecimiento público de los destinados al efecto, mientras el marido no garantice con hipoteca su importe; aqui se decide cuando el marido puede enagenarlos, cuando puede sustituirlos con otros, y autorizase su negociación, pero siempre con el consentimiento de la propietaria que viene incesantemente protegida por la ley con el mayor esmero y delicadeza.

Art. 1360. La mujer conserva el dominio de los bienes que constituyen la dote inestimada y, por lo tanto, son también de ella el incremento ó deterioro que tuvieren.

El marido solo es responsable del deterioro que por su culpa ó negligencia sufran dichos bienes.

Muy lógico es que la mujer conserve el dominio de los bienes que constituyen la dote inestimada, y como consecuencia de tal conservación, son suyos los incrementos y deterioros naturales; sin que el marido pueda responder mas que de lo que responderia un administrador indolente ó doloso, de lo que un usufructuario culpable responda. Aqui no hay mas que tener en cuenta las mismas prescripciones que regulan el usufructo y la administración.

Precedentes vemos en las leyes 10.ª tit. 12, lib. 5.º del Código romano, y en las 7.ª, 15.ª y 18.ª, tit. 11, Part. 4.ª, y en relación está con el art. 1104 y demás concordantes del Código que comentamos.

Vemos concordancias en los arts. 1999 del Código de la República oriental del Uruguay, 2274 del de México, 2142 del de la Baja California, 2274 del de Campeche, 1695 del de Veracruz-Llave, 1110, 1120 y 1123 del de Guatemala, 1906, 1[illegible] y 2005 del del Uruguay, y otros.

Digitized by Google

Art. 1361. La mujer puede enajenar, gravar é hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuese menor, con licencia judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1352.

Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto á los bienes de la dote estimada.

Si recordamos aquí los principios sentados al tratar del usufructo y tenemos en cuenta que en la dote inestimada conserva su dominio directo la mujer, traspasando sólo el usufructo á su marido, encontramos muy claro y consecuente con aquellos principios el precepto que comprende el primer apartado de este artículo, puesto que, conformes el dueño directo y el usufructuario de una cosa, inconcuso es que esa cosa pueda enajenarse, gravarse e hipotecarse. Pero la licencia del marido, si es mayor de edad, y si es menor, de aquellos que complementan su personalidad, viene aquí á ser tambien necesaria bajo el doble aspecto de usufructuario y de jefe de la sociedad conyugal, de esa entidad moral y jurídica que se desarrolla y acciona bajo una idea en la vida social y económica.

La ley hipotecaria, en sus arts. 177 y 188 (que transcritos quedan en nuestro segundo tomo, págs. LX y LXIV, con sus concordantes de Ultramar) prescribe que, cuando se constituye dote inestimada en bienes no inmuebles, se precisarán éstos, con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca, para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de su restitución, sin que por ello pierda su calidad de inestimado, si en la escritura dotal así fuere calificada; pero este último artículo, el 188 de la expresada ley hipotecaria, prohibe enajenar, gravar é hipotecar los bienes dotales, si no se hace en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, aún en los casos en que las leyes lo permiten, y siempre quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir á su marido le hipoteque otros bienes si los tuviere, en sustitución de los enagenados ó gravados, ó los primeros que adquirió cuando careciera de ellos al efectuar la enajenación ó imponerse el gravámen; observándose, cuando los cónyuges ó alguno de ellos fueren menores, las formalidades que la ley de Enjuiciamiento Civil prescribe; y prévia la oportuna autorización judicial competente cuando fuera la mujer la menor de edad.

De modo que no puede verse mayor relación y analogía entre los preceptos de aquella ley y el que de este Código comentamos, como también vemos relacionadas dichas prescripciones con las de los arts. 190 y 191 de la ley hipotecaria, 132 y 133 del Reglamento para su ejecución, 2002 al 2030 de dicha ley de enjuiciamiento civil, y los arts. 61, 62, 320, 1857 al 1861, y 1874 al 1880 de este mismo Código.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2282 del Código de Mexico, 2150 del de la Baja California, 2282 del de Campeche, enteramente igual entre si, 1252 del de la República Argentina, 1998 del del Uruguay, 1754 del de Chile y otros; negando tal facultad de vender, ni aun con consentimiento de ambos cónyuges, los artículos 1554 del Código de Francia y 1554 del de Bélgica, si bien ambos Códigos en sus arts. 1557 y 1557 (pues coinciden hasta en su articulado), sostienen, como el art. 1404 del de Italia, que la dote (dice éste) podrá venderse ó hipotecarse si en el contrato de matrimonio se hubiera permitido la enajenación ó hipoteca, sin hacer distinción entre bienes muebles ó inmuebles, mientras que, tanto el frances como el italiano, se refieren solo al inmueble dotal.

Art. 1362. Los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer ó de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido.

Este artículo tiene en si mas importancia de la que á primera vista parece, y da fin á las dudas y cuestiones que motivaba la ley 61.ª de Toro, ó sea la ley 3.ª, tit. 11, lib. 10 de la Novisima Recopilación; pues por más que el Estado se halle interesado en que la mujer no quede indotada, se hace necesario, dada la condición y destino de la dote, que, lejos de imperar unas prescripciones prohibitivas (que como tal es irrenunciable), responda la dote inestimada de los gastos diarios usuales de la familia, pues de no atender á esta responsabilidad, de nada serviria su constitución; mucho más cuando esos gastos son causados por la mujer ó de su orden bajo la tolerancia del marido, pues aun cuando lo regular y ordinario sea que solo se inviertan los frutos ó intereses de la dote en los gastos familiares, justo es que, disponiendo la sociedad conyugal de bienes dotales, no carezcan de lo necesario para su sostenimiento.

Asi y todo, el legislador, prudente y previsor, corta todo abuso con la segunda parte de este artículo, previniendo que, tolerada esa responsabilidad y esos gastos por el marido, lo satisfecho por cuenta de la dote para ello deberá reintegrarse de los bienes gananciales y de los del marido, cuando los hubiera, y que antes de acudir á la dote inestimada, para solventar tales responsabilidades, debe acudirse, si los hubiera, á los gananciales y á los propios del marido; pues no otra cosa significan las últimas frases del art. 1362 que de nuestro Código comentamos. Y esto es natural, justo y equitativo. Con ello se salva una situación difícil y libra ya de una pesada carga la sociedad conyugal, comprendiendo el marido que su misión honrada es el sostenimiento de la familia con su trabajo, busca decentemente los medios decorosos de salvar una

Digitized by Google

situación crítica, economiza y repone aquello que de la dote hubo necesidad de desmembrar.

Así el legislador evita la ruina de las familias, impide arbitrariedades y salva la dote del *ser* débil, garantizando siempre su conservación casi tanto como las garantizan nuestras históricas leyes de Partida (1.ª y 7.ª, tit. 11, Partida 4.ª), no consintiendo que la mujer contribuyese á los gastos comunes de la familia mas que con las rentas y los productos de la dote.

El Tribunal Supremo de Justicia, comenzó en algunas de sus sentencias, entre ellas la de 26 de Octubre de 1863, 23 de Abril y 8 de Octubre de 1866, á sentar esta doctrina extendiendo en tales fallos la responsabilidad á los parafernales, y dando origen indudablemente al precepto que nos ocupa; pues ninguna ley anterior había envuelto el capital de la mujer en género alguno de responsabilidad, sino que por el contrario nuestra antigua legislación la había considerado inmune, viniendo nuestro Código á innovar tal principio tan solo en los casos prefijados en el artículo que comentamos, en los gastos y deudas causados por la mujer ó de su orden, siempre que esos gastos sean usuales de la familia, no en manera alguna de cualquier otro género.

El párrafo 2.º del art. 1287 del Proyecto de Código de 1851, proponia preceptos análogos; y en relación está con los arts. 1392, 1396 al 1401 y 1407 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2290 del Codigo de México, 1703 del de Veracruz-Llave, 2158 del de la Baja California, 2390 del de Campeche, pues tanto estos dos últimos como el de México, que son iguales entre sí, determinan que la dote quedará obligada á los gastos diarios y usuales causados por la mujer con aquiescencia ó tolerancia del marido, si los bienes de éste y sus gananciales no pudieran cubrirlos.

Y el Código de Veracruz-Llave, en su art. 1703 ya citado, previene que: «la dote también quedará obligada á los gastos diarios y usuales de la familia, causados por la mujer ó de su orden con tolerancia de su marido; pero en este caso deberá hacerse préviamente exención de los bienes gananciales y de los de su marido».

De modo que no cabe mayor identidad de conceptos.

Art. 1363. El marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, bienes inmuebles de la dote inestimada.

En todo caso se tendrá por nula la anticipación de rentas ó alquileres hecha al marido por más de tres años.

Peligro corre la dote inestimada de la mujer, si siendo insolvente el marido se le permite enajenarla; pero también puede perjudicarla notablemente si

Digitized by Google

efectúa arrendamientos por largo tiempo y cobra rentas adelantadas de muchos años, haciendo arriendos ruinosos.

Nuestras leyes civiles no habian limitado hasta el presente las facultades que el marido como administrador de la dote de la mujer se consideró debia tener para realizar arrendamientos en la forma y modo que mejor le pareciese; pero los abusos que en la práctica se tocaron dieron márgen á que se pusiese coto á toda arbitrariedad en perjuicio de la mujer; y ya el Proyecto de 1851, en su art. 1289, propuso que no se permitiese al marido hacer arrendamientos de los bienes dotales por más de diez años, a no ser con autorización del Juez á quien se daba facultad para concederla en caso de necesidad ó utilidad evidente; y en tal precepto se expresaba también por medio de un segundo apartado, que el arrendamiento asi verificado, subsistirá por el tiempo convenido, aun después de disuelto el matrimonio; pero será nula toda anticipación de rentas ó alquileres hecha al marido por más de tres años.

Cuestiones árduas surgieron de tales principios, que son lo que, limitados en el tiempo viene á sostener nuestro Código; pero tales cuestiones, en nuestro concepto, nacen de sutilezas y distingos innecesarios y mal entendidos, pues bien claro está el art. 1363 que comentamos.

Desde el momento en que se ordena que el marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años bienes dotales, sin el consentimiento de la mujer, queda implícitamente demostrado que, los arrendamientos hechos por el marido conconsentimiento de su consorte, por menor tiempo del que la ley prohibe, obligan á la mujer, porque con su consentimiento ha contribuido á la relación jurídica establecida.

Respecto de los anticipos, tampoco cabe cuestión, porque preceptuando la ley como preceptúa que se tenga por nulo todo anticipo de rentas ó alquileres hecho al marido por más de tres años, en justo cumplimiento de sus disposiciones, nulo será, y en nada ha de perjudicar á la mujer, pues de lo contrario seria fácil cometer un fraude contra ésta, por un marido, que, vicioso ó mal intencionado, trátase de este modo de privar á su mujer ó á sus herederos de lo que legítimamente les corresponde. Y tanto no perjudicaran á la mujer esos anticipos indebidos, que podrá exigir en tiempo oportuno del arrendatario las rentas anticipadas por más de los tres años que la ley prefija, pudiendo entonces el arrendatario repetir por aquellos anticipos nulos contra el marido ó sus herederos, por cuanto la dote se da para sostener las cargas del matrimonio, y el marido no tiene derecho á percibir, ni mucho menos á hacer suyos los frutos, más que mientras tales cargas matrimoniales soporta, si los gananciales no fuesen suficientes; y esto cuando el arriendo se hizo de buena fe, pues si de lo ínfimo de su precio aparente ó real de la persona del arrendatario, ó de cualquier otra circunstancia se dedujese mala fe, tal arrendamiento no subsistiria.

Además, vemos en el apartado 5.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria, que de-

Digitized by Google

ben inscribirse en los Registros los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban. Por esto pues, y comprendiendo el legislador que la ley Hipotecaria conceptuaba como un contrato inscribible el arrendamiento por largo tiempo, ha querido que la mujer casada, para el caso de la disolución del matrimonio, no encuentre sujetos á derechos reales adquiridos por inquilinos ó arrendatarios los propios bienes inmuebles que constituyan su dote.

En relación está también el artículo que comentamos con los 334 y 1543 del mismo Código, viéndose concordancias en los arts. 2993 y 2994 del Código de México, 2161 y 2162 del de la Baja California, 2293 y 2294 el de Campeche, 1705 y 1706 del de Veracruz-Llave; teniendo hasta cierto punto analogía con la primera parte del precepto que nos ocupa los arts. 1429 del Código de Bélgica, 2000 del del Uruguay, 1429 del de Francia, 2354 del de la Luisiana, 1579 del Sardo y 1757 del de Chile; pues mientras los primeros determinan que el marido no puede dar en arrendamiento los bienes dotales no garantizados aun con hipoteca, sino por nueve años cuando más, y con consentimiento de la mujer, subsistiendo por el tiempo convenido aun después de la disolución del matrimonio y declarando nula toda anticipación de rentas ó alquileres hecha al marido por más de un año; los demás, fijando unos nueve años, como hacen el francés y el belga, otros ocho años para los predios rústicos y cinco años para los urbanos, como previenen los de Chile y Uruguay; otros, determinando que el plazo del arrendamiento sea de diez años, como lo expresa el art. 1705 del Código de Veracruz-Llave que declara nula en su art. 1706, (como el nuestro), toda anticipación de rentas ó alquileres hechas al marido por más de tres años, no entrañan más que verdaderas analogías, algunas de las cuales, hemos de apuntar pero sin dar la intervención que el nuestro á la mujer en los referidos arrendamientos; así es, que los artículos citados de los Códigos de Bélgica y Francia previenen que los arrendamientos hechos solo por el marido de los bienes de su mujer por un plazo mayor de nueve años, en el caso de disolverse la comunidad, solo serán obligatorios respecto de la mujer ó sus herederos por el tiempo que falte por transcurrir, sin que nada digan tales Códigos del anticipo de las rentas ó alquileres de dichos arriendos.

Art. 1364. Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el art. 1315, hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas porque hayan de regirse sus bienes, o si la mujer ó sus herederos renunciaren á dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo,

Digitized by Google

y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad.

Encontramos el precepto de este artículo sentando subsidiariamente como sistema que ha de seguirse el dotal cuando los esposos al celebrar sus capitulaciones matrimoniales hubieran pactado que no querían rigiese entre ellos la sociedad legal y no hubieren expresado regla alguna bajo la cual debieran gobernarse sus bienes, siempre que la mujer ó sus herederos hubieren renunciado á la sociedad legal de gananciales, que parece es la que debe regir generalmente cuando no se estipulasen las condiciones de la sociedad conyugal.

De manera que el precepto del artículo que al presente comentamos hace no sea tan absoluto el principio sustentado de la sociedad legal de gananciales para el caso de no existir estipulaciones especiales, y sólo entenderse puede que se consigna aquí como doctrina subsidiaria de la establecida al final de aquel artículo 1315, la del régimen dotal á que se refería el Proyecto de Código de 1851, estando bajo este concepto en relación este artículo con los 1392 y 1401 de este mismo Código.

SECCIÓN TERCERA.

DE LA RESTITUCIÓN DE LA DOTE.

Art. 1365. La dote se restituirá á la mujer ó á sus herederos en los casos siguientes:

1.° Cuando el matrimonio se disuelva ó se declare nulo.

2.° Cuando se transfiera á la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el párrafo segundo del art. 225.

3.° Cuando los Tribunales lo ordenen con arreglo á las prescripciones de este Código.

Dedica nuestro Código esta sección á la restitución de la dote, amparando siempre á la mujer para evitar toda desmembración en sus caudales; y lo hace con la mayor cordura señalando los casos en que procede dicha restitución, casos que la mayor parte se fundan en lo que no pueden menos de fundarse; es decir, en la disolución del vínculo que dió lugar á la constitución de aquella dote, pues evidentemente, llevándo la mujer la dote al matrimonio con el exclusivo objeto de contribuir con sus productos al sostenimiento de las

Digitized by Google

necesidades de la familia, desde el momento en que el matrimonio se disuelve, carece de objeto dicha dote, como no puede tampoco tener lugar, cuando el mismo enlace se declara nulo, ni cuando por una justa causa cesa la vida común de los cónyuges, pues entonces cada uno de éstos soportará según los casos sus cargas propias y las que por los Tribunales se le impusieren.

Pero puede ocurrir que aún subsistiendo el matrimonio y haciendo los cónyuges vida común, no pueda el marido continuar en la administración de la dote, bien por haberle declarado demente, bien por habérsele declarado pródigo, bien que, por su mala gestión al administrarla, hubiéranse visto los Tribunales en la necesidad de inhabilitar al marido para dicha administración.

Trata del primer caso ó sea de la disolución y nulidad del matrimonio el número primero del art. 1365 que comentamos, habiéndose ocupado ya de este particular tanto las leyes 50, tit. 3.°, lib. 24 y 240, tit. 16, lib. 50 del Digesto, como las leyes 26, 29 y 31, tit. 11, Part. 4.ª; pues unas y otras parten del supuesto de que desatado el matrimonio por alguna razón derecha, la dote debe ser devuelta á la mujer ó sus herederos. *Dos reddenda, soluto matrimonio non tantum per mortem sed et per divortium.*

El segundo caso de nuestro Código se refiere al párrafo 2.° del art. 225 de este mismo Código, ó sea cuando por declaración de prodigalidad del marido entre la mujer á administrar la dote y parafernales, los bienes de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal.

El tercer número del artículo que nos ocupa se refiere á los casos á que los Tribunales puedan ordenar la restitución de la dote con arreglo á las prescripciones de este mismo Código, encontrándose entre otros casos la interdicción del marido, la demencia, la ausencia y los demás que taxativamente expuestos quedan en el Código que nos ocupa.

Armónicamente relacionados están los preceptos del artículo que comentamos con los de los arts. 52, 69, 72, 73, 188 y 225 de este mismo Código, y concordancias vemos en los arts. 2004 del Código del Uruguay refiriéndose al 1959 del mismo Código, ó sea preceptuando que tendrá lugar la restitución de los bienes dotales en los mismos casos en que cesa la sociedad conyugal según dicho artículo, esto es, por disolución del matrimonio, por sentencia de divorcio, por separación judicial de bienes, por declaración de ausencia y por declaración de la nulidad del matrimonio.

También concuerda con el art. 1156 del Código de Portugal, 1134 y 1113 del de Guatemala, 1262 del de Austria, 1071 del de Vaud, 1317 del de la República Argentina, 2309 del de México, 2117 del de la Baja California, 2309 del de Campeche, 1713 del de Veracruz-Llave y otros; observándose que en el citado artículo de Veracruz-Llave previene que debe restituirse á la mujer ó sus herederos la

Digitized by Google

dote: 1.° cuando el matrimonio se disolviere ó declarase nulo; y 2.° cuando el marido fuere declarado pródigo ó separado de la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores; es decir cuando hubiere justos motivos para creer en peligro los bienes dotales por la negligencia ó mala administración del marido y cuando el marido no provea á la conveniente subsistencia de la familia; pero en estos casos no cesa la obligación de la mujer de acudir á las cargas del matrimonio.

Analogia vemos también en los arts. 1581 del Código Sardo; 1405 del de Nápoles; 1564 en relación con el 1441 del de Francia, 1564 y 1441 del de Bélgica, en los cuáles se determina que si la dote consistiere en inmuebles ó en muebles no estimados en la capitulaciones matrimoniales, ó bien fijándoles precio, con declaración de que dicha tasa no quita la propiedad á la mujer, el marido ó sus herederos podrán ser obligados á restituirla sin ningún plazo, despues de la disolución del matrimonio; y que la comunidad se disuelva por la muerte natural, por el divorcio, por la separación de cuerpo y por la separación de bienes.

Art. 1366. La restitución de la dote estimada se hará entregando el marido ó sus herederos á la mujer ó á los suyos el precio en que hubiese sido estimada al recibirla el marido.

Del precio se deducirá:

1.° La dote constituida á las hijas, en cuanto sea imputable á los bienes propios de la mujer, conforme al art. 1343.

2.° Las deudas contraidas por la mujer antes del matrimonio y que hubiese satisfecho el marido.

Por más que algunos suponen identidad entre el artículo que acabamos de consignar y lo propuesto en el art. 1298 del Proyecto de Código de 1851, encontramos nosotros notabilísimas diferencias, que apuntaríamos si se tratase de dos preceptos que admitiesen términos de comparación, y más si hubiera tenido fuerza lo que no pasó de ser un proyecto.

Nuestro Código es más correcto, y ya que ha dado cabida á la clasificación de dote estimada é inestimada procedente del derecho romano, las separa y distingue perfectamente mejor que ningún otro Código. Por esto en su artículo 1366 se ocupa de la restitución de la dote estimada, y en el siguiente trata de la inestimada, dando á cada una el valor que en sí tiene, y mostrándose lógico en cuanto á la restitución de una y otra.

La restitución de la dote estimada se verificará entregando el marido, ó sus herederos á la mujer ó á los suyos, el precio en que hubiese sido tasada al recibirla el marido, porque éste la hizo suya desde el momento de la estimación, y destrúyase ó aumente, nadie más que el marido responde de su deterioro ó

Digitized by Google

pérdida, ni nadie más que él gana sus aventajas; puesto que antiguo e inconcuso es el principio de todos conocido *res pro suo domino perit.*

Mas como hemos dicho anteriormente que cuando el marido no tenga bienes propios ni los hubiera gananciales y la mujer constituya la dote de sus hijas, nada más natural es que, teniendo en cuenta lo prevenido en el art. 1343 de este Código, se deduzca del precio de la dote estimada que haya de restituirse, la dote constituida á las hijas, en cuanto sea imputable á los propios bienes de la mujer; asi como es justa tambien la deducción de lo que hubiere satisfecho el marido por deuda contraida por la mujer antes del matrimonio.

Precedentes vemos hasta cierto punto, en las leyes 15.ª, 18.ª y 21.ª, tit. 11.º, Part. 4.ª, y arts. 172 y 175 de la ley Hipotecaria que consignada dejamos con sus concordantes de Ultramar en nuestro tomo segundo; teniendo alguna relación con los arts. 1408 y 1410 de este mismo Código.

Concordancias vemos, ó mejor dicho analogias, en los arts. 2007 y 2009 del Código del Uruguay, 1318 y 1321 del de la República Argentina, 2312 y 2341 del de México, 2180 y 2209 del de la Baja California, 2312 y 2341 del de Campeche, 1719 y 1723 del de Veracruz-Llave; observándose en estos cuatro últimos Códigos en los articulos ultimamente citados (que son los verdaderos concordantes), que las deducciones ó bajas que se refieren al importe de las costas y gastos empleados para el cobro y defensa de los bienes dotales, á las deudas y obligaciones inherentes ó afectas á la dote, que no sean de cargo de la sociedad legal, y á las cantidades que sean de la responsabilidad peculiar de la mujer.

Art. 1367. Los bienes inmuebles de la dote inestimada se restituirán en el estado en que se hallaren; y, si hubiesen sido enajenados, se entregará el precio de la venta, menos lo que se hubiese invertido en cumplir las obligaciones exclusivas de la mujer.

Siguiendo la lógica inflexible de los principios antes sentados, preceptúa este articulo que los bienes inmuebles de la dote inestimada, restituirse deben á la mujer en el estado en que se hallaren, ó el precio de la venta de los que se hubieren enajenado, deduciendo lo que se hubiera invertido en cumplimiento de obligaciones que á la mujer exclusivamente correspondiesen. Mas ésto no significa que la mujer ó sus herederos deban darse por satisfechos con la entrega de las cosas que integrasen la dote inestimada en cualquier estado por deplorable que sea, pues el marido aun cuando en esa dote sea mero administrador y usufructuario de la misma, ni puede abusar de su cargo, ni puede ménos de responder de la culpa que el administrador y el usufructuario son responsables, como tampoco cumple el marido con entregar un precio cualquiera de

Digitized by Google

los bienes que hubiere enajenado, sino que se hace indispensable justificar que la enajenación realizada se verificó con arreglo á la ley, y que el precio de venta no sea insignificante y despreciativo de la cosa, pues en tal caso pudiera suponerse una venta simulada, ruinosa para la propietaria de los bienes dotales, y que implicase un verdadero fraude contra el *ser* débil en beneficio de su consorte, lo cuál no puede ser autorizado por la ley, como no autoriza el perjuicio del marido desde el momento en que se ordena la deducción de lo invertido en cumplir obligaciones exclusivas de la mujer.

No se presentaba tan claro el precepto propuesto en el art. 1296 del Proyecto de 1851, puesto que no se determinaba si los bienes dotales inmuebles á que se referia, procedian ó no de dote inestimada, concretándose á ordenar que se restituyeran en el estado en que se hallasen, y que si se hubieran enajenado se restituya el precio que tenian al tiempo de ingresar en el matrimonio. Esto era defectuoso y poco expresivo, siendo indispensable para su mejor inteligencia una interpretación lata, de la que se dedujese que el precepto se referia á aquellos bienes cuyo dominio conservaba la mujer, ó sean los que entraña toda dote inestimada, puesto que los dados en dote con estimación que cause venta, pasan al dominio del marido, quien solo puede ser obligado á la entrega de su estimación sin tener tampoco facultades para devolver los bienes de tal manera estimados.

Las leyes 10.ª, párrafo 1.°, tit. 3.°, lib. 13 del Digesto; y 28.ª, tit. 11.°, Partida 4.°; se ocuparon ya de esto mismo, aunque no con tanta claridad, pero distinguiendo los conceptos de dote estimada é inestimada; y en relación con dichas disposiciones se encontraban las leyes única, tit. 13.°, lib. 5.°, del Código romano, y 31.ª, tit. 11.°, Part. 4.ª

Concuerda el precepto que al presente de nuestro Código comentamos, con los arts. 1714 del Código de Veracruz-Llave, 2005 del de la República Oriental del Uruguay, que son muy parecidos al nuestro, si bien como precio de los bienes enajenados se señala el que tuviera al tiempo en que ingresaron en el matrimonio; y parecidas concordancias vemos en los arts. 2311, 2317 y 2318 del de México, 2179, 2185 y 2186 del de la Baja California, 2311, 2317 y 2318 del de Campeche y otros.

Art. 1368. El abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas se regirá por lo dispuesto con relación al poseedor de buena fe.

Es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse; y aun que algunos Códigos, dándole solo al marido la consideración de usufructuario, omiten tratar de esta materia por conceptuarle del todo sujeto á las condiciones de un

Digitized by Google

simple usufructuario, nuestro Código, viendo en el jefe de la familia algo más que, usufructuario y administrador de los bienes de la mujer, preceptúa que el abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas sea regido por las mismas disposiciones que regulan los actos del poseedor de buena fe.

No hemos de sustentar nosotros la tésis por algunos sustentada de que el marido es el dueño de su mujer y por lo tanto de los bienes de la misma, pues tal teoria ni es cristiana, ni es racional, ni es justa; pero tampoco hemos de negarle el derecho que le concede este artículo, porque de negarlo, matariamos todo estímulo para mejorar aquellos bienes que debe mirar y administrar como suyos propios, pues lejos de esto, debe procurarse que los bienes pertenecientes á las mujeres casadas mejoren y se hagan cada vez más fructíferos, con lo cual, no sólo gana la persona que conserva el dominio de tales bienes, sino que también obtienen ganancia la familia y la sociedad.

La administracion que el marido tiene en los bienes de su mujer, es especial, por cuanto en ellos tiene interés propio y directo por su misma consorte, por el desarrollo y bienestar de la sociedad familiar de que es jefe y gerente, y por sus propios hijos, que son los de su mujer, cuya felicidad labra y asegura á medida que aumenta y multiplica el caudal de conocimientos, el caudal de la fortuna familiar y las satisfacciones de toda la familia.

El padre, no es un administrador vulgar que cumple las órdenes de su principal y llena su cometido con procurar la gestión de los ordinarios negocios del administrador, y que no tiene el deber legal de adelantar y crear nuevas fases para el porvenir de sus administrados; el padre es un administrador especial que no tiene más principal que su compañera, y que por lo mismo que ejercita más derechos en su administración, tiene más obligaciones que cumplir; el padre administra con cariño y hasta con entusiasmo lo que él con su consorte y con sus hijos ha de usufructuar, lo que constituye el porvenir de su familia, lo que comparte cariñosamente con su consorte y sirve de base á su posición, lo que dá arraigo y vida económica á la sociedad conyugal con su mujer establecida; por lo tanto, ante esta sublimidad, ante esa unidad de miras, ante esa dignidad que consigo lleva el matrimonio, la administración, el usufructo, la posesión de los bienes consorciales, tienen que revestir un carácter de especialidad, que quizá no se encuentren palabras bastantes para definirlo y determinarlo, pero que se comprende perfectamente teniendo buen juicio, un regular criterio, fe honrada y conciencia recta de los actos individuales y sociales.

Y el legislador se ocupa de las impensas útiles ó mejoras, porque de las necesarias no hay que tratar aquí, puesto que éstas se abonan hasta al poseedor de mala fe, pues de no hacerlo así no habría conservación posible.

En el sistema ó régimen de la sociedad legal de gananciales, que es el que

Digitized by Google

se presume como general entre nosotros, las mejoras aumentarán el cúmulo social de haberes; pero si no las hubiera, la impensas útiles son al marido abonables.

Bajo el epígrafe *De impensis in tes dotales factis*, trata todo el tit. 1.° del lib. 25 del Digesto de este asunto; y tanto sus disposiciones como la ley única párrafo 5.°, tit. 13, lib. 5.° del Código romano, son las que se aplicaron á todos los poseedores de buena fe en el pueblo legislador por escelencia; y la ley 32.ª, tit. 12, Part. 4.ª, decia únicamente que el marido puede contar las expensas por las que la cosa dotal fuese mejor ó rindiese más, *non las que se tornan mas en apostura, que en pro della.*

Concuerda exactamente con los arts. 2324 del Código de Mexico, 2192 del de la Baja California, 2324 del de Campeche, 1715 del de Veracruz-Llave, y tiene bastante analogia con el art. 1163 del Código de Portugal, aun cuando en este se ve cierta confusión entre los gastos necesarios y los útiles, desde el momento que trata de las mejoras necesarias ó útiles, siendo asi que las necesarias en el rigor de la palabra no son mejoras, y que en cuanto tienden á la conservación de la cosa no puede negarse su reintegro ni aun al poseedor de mala fe, según determina el Digesto, porque con tal negativa se llegaría al completo abandono de los bienes que no fuesen de aquel que los posee.

Art. 1369. Una vez disuelto ó declarado nulo el matrimonio podrá compelerse al marido ó á sus herederos para la inmediata restitución de los bienes muebles ó inmuebles de la dote inestimada.

Se comprende perfectamente el precepto de este artículo, por cuanto los bienes que constituyen la dote inestimada, sean muebles ó inmuebles, no han salido realmente del dominio de la mujer y se suponen por ello de fácil devolución, toda vez que el marido los habia de administrar debidamente y poseerlos en condiciones de restituirlos en el momento necesario.

Mas bien que precedentes, vemos en la ley 31.ª, tit. 11, Part. 4.ª, preceptos que son derogados en cuanto á los plazos y clasificación de bienes, por el que de nuestro Código al presente comentamos, que en relación está con los artículos 52, 69, 72 y 334 al 336 de este mismo Código.

Vemos concordancias en los arts. 1564 del Código de Francia, ya consignado en estos comentarios al tratar de otro precepto; 1409 del Código de Italia, que aparece muy semejante al anteriormente citado; 1564 del de Bélgica, que es igual al de Italia citado; 1320 del de la República Argentina, 1158 del de Portugal, 2311 del de México, 2179 del de la Baja California, 2311 del de Campeche, 1726 del de Veracruz-Llave, 1011 del del Uruguay, párrafo 2.° del 1770

Digitized by Google

del de Chile; si bien debe hacerse presente que en el de Chile se previene que la restitución de las especies ó cuerpos ciertos deberá hacerse tan pronto como fuere posible después de la terminación del inventario y avalúo, y el pago del resto del haber dentro de un año contado desde dicha terminación; mientras que el de la República Argentina preceptúa que los bienes inmuebles dotales y los muebles no fungibles de la dote existentes en la posesión del marido, ó en su testamentaria, deben ser restituidos á la mujer dentro treinta días después que se decretase el divorcio ó después del dia de la disolución del matrimonio, ó del dia de la sentencia pasada en cosa juzgada que lo hubiere declarado nulo; mientras que los Códigos de Italia, Francia y Bélgica, están conformes en que si la dote consistiese en inmuebles ó en muebles no tasados en el contrato de matrimonio, ó estimados con declaración de que el estimarse no priva de la propiedad á la mujer, el marido ó sus herederos pueden ser apremiados para restituir la dote sin demora, una vez disuelto el matrimonio; y los Códigos citados de México, Baja California, Campeche, Uruguay y Veracruz-Llave, parece que no dejan á la facultad de los contrayentes la restitución inmediata, sino que la imponen como necesaria y hasta oficial, haciéndola extensiva estos dos últimas á los frutos é intereses de los bienes que la integran, sin que se distinga la clase de bienes que constituyan la dote, sino que se refiere á todos los bienes dotales existentes.

Art. 1370. No podrá exigirse al marido ó á sus herederos, hasta que haya transcurrido un año, contado desde la disolución del matrimonio, el dinero, los bienes fungibles y los valores públicos que en todo ó en parte no existan al disolverse la sociedad conyugal.

Natural es también que se dé un plazo al marido ó sus herederos para la restitución de la dote que consista en dinero, bienes fungibles y valores públicos que no estuvieren en su poder al disolverse la sociedad conyugal, pues el legislador ha conceptuado con razón sobrada, que para la producción del dinero, los bienes fungibles y los valores públicos era indispensable la contratación continuada, y por más seguridad que se tenga en su reintegro, no es fácil que inmediatamente puedan recogerse tales caudales, bienes y valores sin pérdida considerable ó sin perjuicio de las personas á quienes por efecto de una negociación determinada se hubieran entregado.

Es esta indudablemente la razón por la que nuestro Código ha fijado el término de un año desde la disolución del matrimonio para la restitución de tales efectos; y aun cuando nada se determina en este artículo respecto de los frutos é intereses que deban abonarse en ese espacio ó plazo de un año, no

Digitized by Google

cabe duda que tal abono debe tener lugar porque los intereses y frutos que desde la disolución produjesen, realmente no son ya del que hasta la extinción de la sociedad los poseia con arreglo á la ley, sino que corresponden á su dueño á quien deben entregársele; y sabido por demás debe ser para el marido que tal clase de bienes dotales existentes no son suyos, y que los frutos que los mismos produzcan reputarse deben como parte integrante de la misma cosa que los produjo.

Precedentes encontramos en la ley 31.ª, tit. 11, Part. 4.ª; y en el número segundo del art. 1307 del Proyecto de 1851, se propuso un precepto análogo, si bien se ordenaba el abono de los intereses legales durante dicho año.

Concuerda con los arts. 1565 del Código de Francia, 1410 del de Italia, 1565 del de Bélgica, 1158 del de Portugal, en la última parte de su primer apartado; 2006 y párrafo último del 2011 del del Uruguay, 1727 del de Veracruz-Llave, última parte del segundo apartado del art. 1770 del de Chile, 1321 del de la República Argentina, 2312 del de Mexico, 2180 del de la Baja California, 2312 del de Campeche, siendo de notar que así como los primeros fijan el plazo de un año como el nuestro, el de Veracruz-Llave, el de Chile y los demás determinan que este plazo sea el de seis meses, y el artículo citado del Código argentino preceptúa que el dinero y los bienes fungibles de la dote, ó el valor de los bienes que no existiesen en posesión del marido ó en su testamentaria, deberán ser restituidos en el plazo de seis meses contados desde la disolución de la sociedad conyugal; mientras los tres últimos citados Códigos previenen que si la dote consiste en inmuebles estimados, en muebles enajenados, ó en numerario, solo podrá exigirse la entrega pasados seis meses después de la disolución del matrimonio ó de la separación legal.

Art. 1371. El marido ó sus herederos abonarán á la mujer ó á los suyos, desde la disolución del matrimonio hasta la restitución de la dote, el interés legal de lo que deban pagar en dinero, el del importe de los bienes fungibles, y lo que los valores públicos ó de crédito produzcan entretanto, según sus condiciones ó naturaleza, salvo lo dispuesto en el art. 1379.

Hemos indicado antes que el Proyecto de Código de 1851 lo consignaba así en el párrafo 2.º de su art. 1307, y hemos expuesto la razón de ser de tal precepto al comentar el artículo anterior; por lo cual no vemos necesidad de repetir los argumentos allí consignados, por cuanto se comprende perfectamente que desde el momento en que uno no tiene derecho á poseer legalmente lo que posee, porque circunstancias ajenas á su voluntad le impiden la devolución á su dueño, no puede percibir los frutos que la cosa ajena produzca, y sin detener-

Digitized by Google

nos aquí á explicar lo que todos saben respecto de la teoria de los frutos percibidos, frutos pendientes y frutos venideros, hemos de indicar si, que no cabe duda que cierta parte de los frutos pendientes á la disolución del matrimonio pertenecerian al marido que sostuvo las cargas del mismo, como le pertenecian los percibidos; pero los demás frutos pendientes y los futuros son de la mujer, como propietaria de aquella dote, y á la misma ó á sus herederos deben entregarse por el que retuviere la cosa durante el plazo marcado por la ley y considerado como necesario para su restitución; y como los intereses legales del dinero son tambien frutos civiles equivalentes á los naturales é industriales, desde el momento en que se disolvió el matrimonio, y cesó por consiguiente la necesidad de atender con ellos á las necesidades de aquella sociedad conyugal ya disuelta, es de todo punto evidente que aquellos intereses ó frutos civiles del dinero constituido en dote, corresponden á su propietaria desde el instante de la disolución del vinculo, de la nulidad del matrimonio ó de la separación.

Vemos alguna analogia entre el articulo que comentamos y los arts. 1570 del Código de Francia, 1415 del de Italia, 1570 del de Belgica, 1159 y 1160 del de Portugal; apartado primero del art. 2011 del del Uruguay, 1322 del de la República Argentina, 2314 del de Mexico, 2182 del de la Baja California, 2314 del de Campeche y última parte del 1727 del de Veracruz-Llave.

Art. 1372. A falta de convenio entre los interesados, ó de estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales, el crédito de dote inestimada ó la parte de él que no se restituya en los mismos bienes que hubiesen constituido la dote ó en aquellos que los hubiesen sustituido, deberá restituirse y pagarse en dinero.

De esta regla se exceptúa la restitución del precio de los bienes dotales muebles que no existan, el cual se podrá pagar con otros bienes muebles de la misma clase, si los hubiese en el matrimonio.

La restitución de los bienes fungibles no tasados se hará con otro tanto de las mismas especies.

Contiene este articulo tres preceptos que realmente son una consecuencia de los principios anteriormente sentados, pues no cabe duda que si nada se hubiese pactado entre los cónyuges, el crédito de dote inestimada, ó la parte que de él no se restituya en los mismos bienes constitutivos de la dote, deberá pagarse en dinero lo mismo que cuando se tratara de bienes inmuebles que hubieran sustituido á los que integraban la dote y no pudieren ser restituidos;

Digitized by Google

observándose esto también cuando así se estipulase expresamente en las capitulaciones matrimoniales; es decir, que si la mujer lleva en dote inestimada dos casas valoradas en 200,000 duros, (pero sin que esta valoración signifique estimación á los efectos legales,) y esas casas no pudieran restituirse en su integridad por una causa cualquiera imputable al marido, si no ha habido convenio entre los cónyuges sobre el particular, ó si nada se hubiera estipulado expresamente en las capitulaciones matrimoniales, la diferencia que existiese entre la valoración hecha al constituir en dote aquellos bienes y el valor que realmente tuvieran al tiempo de la disolución del matrimonio, deberá pagarse en dinero. Y si, de esas dos casas que constituían aquella dote, la una fuese sustituida por una huerta, y por un motivo cualquiera esa huerta depreciase, la diferencia entre el valor que tenía al tiempo de entrar á sustituir la casa entregada en dote y al tiempo de la disolución, debe abonarse también en dinero al cónyuge ó á los interesados.

Mas luego el apartado segundo del artículo que nos ocupa, sienta una excepción respecto de los bienes muebles no existentes al disolverse el matrimonio, los cuales podrán pagarse con otros de la misma clase si los hubiere en la sociedad conyugal.

Y después viene estableciéndose otra excepción relativamente á los bienes fungibles no tasados, cuya restitución había de hacerse con otro tanto de la misma especie.

Nosotros, que al estudiar este Código lo hacemos huyendo siempre de toda acerba crítica, no podemos menos de expresar respecto de este artículo, que lo encontramos confuso y hasta poco técnico, sospechando que en la forma que viene redactado podrá dar lugar á litigios, que se evitarían de seguro con una más clara redacción.

El crédito de dote inestimada, total ó parcial, que no pueda restituirse en los bienes mismos con que se constituyó la dote, ó con los que en justa equivalencia los hubieren sustituido, deberá pagarse en dinero; cuando en las capitulaciones matrimoniales nada expresamente se hubiera pactado, ó cuando lo mismo los cónyuges que sus herederos interesados en la devolución de la dote nada hubieran convenido. Dicho esto así, creemos sin jactancia que hubiera podido ser comprendido más fácilmente y no hubiera dado lugar á duda alguna la regla general establecida en el apartado primero del art. 1372 que de nuestro Código comentamos.

En cuanto á las dos excepciones sentadas en los otros dos párrafos, nada hay que oponer, pues en ellos se determina con bastante claridad que la dote consistente en bienes muebles, cuando éstos no existan, puede hacerse la restitución del precio de dicha dote en otros bienes muebles de la misma clase si los hubiere en el matrimonio; y la restitución de la dote consistente en bienes fungibles no tasados, se hará con otros de la misma especie en igual cantidad.

Digitized by Google

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1292, proponia preceptos análogos á los de los dos primeros apartados del artículo que de nuestro Código nos ocupa, siendo más claro en el primero, pues decia terminantemente que á falta de convenio de los interesados, el crédito dotal ó la parte de él que no se restituya en los mismos bienes sobre que hubiera sido constituida la dote se pagaria en dinero.

Más que concordancias, analogías vemos en los arts. 1471 del Código de Francia, y en igual artículo del de Bélgica; encontrando verdaderas corcordancias en los arts. 2329, 2330 y 2327 del Código de Mexico, 2197, 2198 y 2195 del de la Baja California, 2329, 2330 y 2327 del de Campeche, debiendo llamar la atención acerca de la manera de citarse los artículos de estos tres Códigos, por cuanto en la forma que acaban de ser citados, corresponden perfectamente á cada uno de los apartados que comprende el art. 1372 del Código que comentamos, toda vez que con claridad y sencillez extraordinaria dice cada uno de los artículos citados de aquellos tres Códigos: «El crédito dotal ó la parte de el que no se restituya en los mismos bienes en que fué constituida la dote, deberá restituirse y pagarse siempre en dinero, salvo convenio en contrario»; y expresan los artículos en segundo término citados: «El precio de los bienes dotales muebles que no existan, podrá pagarse en otros muebles de la misma clase; viniendo luego el art. 2327 de México y de Campeche y el 2195 del de la Baja California á preceptuar que la restitución de los bienes fungibles se hará entregando el precio en que fueron estimados, y, si no lo fueren, con otro tanto de las mismas especies; leyéndose los mismos preceptos en los arts. 1719, 1720 y 1718 del Código de Veracruz-Llave, y relacionándose hasta cierto punto el artículo que nos ocupa con los arts. 335 al 337 y 1315 de este mismo Código.

Art. 1373. En la misma forma designada por el artículo anterior, deberá restituirse la parte del crédito dotal, que consista:

1.° En las donaciones matrimoniales hechas legalmente para después de su muerte por el esposo á la esposa, salvo lo dispuesto para el cónyuge que hubiese obrado de mala fe, en el caso de nulidad del matrimonio y en el del art. 1440.

2.° Las indemnizaciones que el marido deba á la mujer con arreglo á este Código.

Nada hemos de decir respecto de este artículo, por cuanto es una consecuencia del anterior, que se funda precisamente en que estas donaciones é indemnizaciones forman parte del crédito ó haber dotal.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1300 propuso un precepto análogo

Digitized by Google

al que nos ocupa, y para llevar á la práctica con facilidad el artículo que comentamos conviene no perder de vista lo que preceptúan los arts. 69, 72, 73 y 1327 al 1334 de este mismo Código, pues en ellos, no solo se trata de los efectos civiles del matrimonio y de los de la declaración de nulidad y divorcio, sino de las donaciones efectuadas por razón del matrimonio, á que se refiere precisamente el que nos ocupa, así como el 1440 que en el mismo se menciona.

Concuerda con los arts. 1721 del Código de Veracruz-Llave, 2006 y 2007 del del Uruguay, 2331 del de México, 2199 del de la Baja California, 2331 del de Campeche, etc., etc.

Art. 1374. Se entregará á la viuda, sin cargo á la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos del uso ordinario de la misma.

Preceptos como este no necesitan comentarios. Es de buen sentido, y aun sin determinarse en ninguna ley positiva había de hacerse necesariamente lo que aquí se prescribe, por cualquiera que, no precisamente sentimientos de hidalguía, sino idea de lo justo tuviese. Y no ha de ir á escatimarse, como lo hacían algunos publicistas (entre ellos Febrero), entendiendo de una manera limitada lo que constituye el vestido ordinario, pues de la mujer debe ser y á la misma pertenece todo su ajuar y equipo, sin que los herederos del marido hayan de presentarse mezquinos, cercenando sus derechos.

Por eso aquí la ley, apartándose de tan pequeños argumentos, declara propiedad de la mujer el lecho, que no es una cantidad, sino una cosa específica y determinada. Se sacará por lo tanto con preferencia á todo, se hará cuenta que el lecho no existe entre los bienes, por lo cual no se incluirá en el inventario.

Precedentes tenemos en la la ley 6.ª, tit. 3.º, lib. 3.º del Fuero Real, en la que se disponía que *si el marido ó la mujer moriese, el lecho que habían cotidiano, finque al vivo, e si se casare tornenlo á partición con los herederos del muerto.*

El Proyecto de 1851, en su art. 1301, propuso un precepto análogo, aunque no tan claro ni expresivo como el nuestro, que está en perfecta relación con el art. 1420 de este mismo Código.

Vemos concordancias en los arts. 1570 del Código de Francia en su segundo apartado, 1411 del de Italia en su párrafo 2.º, 1570 del de Bélgica en su párrafo 2.º, 1156 del de Guatemala, 436 del de Prusia, 2385 del de la Luisiana, 1965 del del Uruguay, 2339 del de México, 2207 del de la Baja California, 2339 del de Campeche, 1766 del de Veracruz-Llave, y otros; expresando en este último que no se incluyan en el inventario los efectos que compusieron el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, pues debe entregarse libremente al que

Digitized by Google

de ellos sobreviviera; así como también se entregaran libremente á la viuda sus vestidos ordinarios; mientras que los Códigos de México, Campeche y la Baja California, preceptúan que se entregarán á la viuda el lecho y vestidos ordinarios, sin descontar su precio de la dote: siendo el del Uruguay idéntico al de Veracruz-Llave; prescribiéndose en el de Guatemala, que no son gananciales sino que corresponden á la mujer, la ropa de uso, el lecho cuotidiano y el menaje ordinario de la casa. En cambio el de Italia, previene que la mujer podrá en todo caso retener la ropa blanca y lo que sirva para su acostumbrado y necesario vestido, deduciéndose, sin embargo, el valor de dichos objetos, en el caso de haber sido tasados préviamente: y los Códigos de Francia y Bélgica ordenan que si la disolución del matrimonio fuese causada por muerte del marido, puede la mujer escoger entre exigir los intereses de su dote durante el año de luto, ó que le entreguen alimentos durante dicho tiempo de los fondos de la sucesión del marido; pero en ambos casos, la habitación por tiempo de ese año, y los vestidos de luto deben dárselo de la sucesión, y sin imputársele por los intereses que le sean debidos.

Art. 1375. Se entregarán los créditos ó derechos aportados en dote inestimada, ó cedidos con este carácter, en el estado en que se hallen al disolverse el matrimonio, á no ser que, por negligencia del marido, se hubieran dejado de cobrar ó se hubieran hecho incobrables, en cuyo caso tendrá la mujer y sus herederos el derecho de exigir su importe.

Este precepto que á primera vista parece algún tanto difuso, bien meditado es claro en extremo, y notoriamente justo y equitativo; pues nada más natural que tanto los créditos como los derechos aportados al matrimonio, y cuanto se lleve á la sociedad conyugal con el carácter de dote inestimada sean reintegrados por el marido en el estado en que se encuentren el dia de la disolución del matrimonio; pero si esos bienes, ya consistan en créditos ó derechos, ya fueran de cualquier otra clase, sufrieren perjuicio por culpa ó negligencia del marido, es evidente que, así como todo usufructuario, administrador ó poseedor de una cosa responden de esa culpa ó negligencia punible, de la misma manera debe responder el marido á la mujer ó sus herederos, y éstos tienen en tal caso el derecho de exigir el importe de los referidos créditos ó derechos aportados en dote inestimada.

Las leyes romanas así lo entendieron también, y prueba de ello puede encontrarse sin más que leer las leyes 17.ª y 13.ª, tit. 3.º, lib. 23; 66.ª, tit. 3.º, lib. 24 del Digesto, que sirvieron de precedentes á las leyes 15.ª y 18.ª, tit. 11, Part. 4.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1302, propuso un precepto análogo, y en re-

Digitized by Google

lación se encuentra el que comentamos con los arts. 1072 y 1104 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1567 del Código de Francia, 1412 del de Italia, 1567 del de Bélgica, 2008 del del Uruguay, que comprende solo la primera parte de nuestro artículo; 2350 del de la Luisiana, 1106 del de Vaud, 1539 del Sardo, 1722 del de Veraracruz-Llave que es enteramrnte igual al nuestro, 1319 del de la República Argentina que es casi igual al ya citado del del Uruguay, 2334, 2335 y 2337 del de México, 2202, 2203 y 2205 del de la Baja California, 2334, 2335 y 2337 del de Campeche.

Art. 1376. Cuando haya de hacerse la restitución de dos ó más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y, en su defecto, si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir las dos, se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo.

Nuestro Código ha establecido en este precepto las reglas que deben seguirse cuando se presente el caso de restituir dos ó mas dotes; y atendiendo primero a la procedencia de las mismas, ha determinado, fijándose en el dominio ó la propiedad de la dote, que ésta se restituya en primer término con los bienes que la constituyeron ó que son de su respectiva procedencia, pues puede darse el caso en que aquellos bienes hayan sido sustituidos por otros que sean los existentes á la disolución del matrimonio; y en caso de no ser bastante éstos ni alcanzar el caudal inventariado de la sociedad legal, impone que se atienda como en los demás créditos á la prioridad del tiempo, siguiendo aquel conocido principio de que *qui prior est tempore potior est jure*, contándose indudablemente esta prioridad desde la celebración del matrimonio respecto del crédito dotal escriturario.

Precedentes tenemos en la ley 12.ª, tit. 18, lib. 8.º, del Código romano, en la auténtica *si quid ex rebus*, y en la ley 33.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª, que tomó sus prescripciones de la referida auténtica, si bien son mas expresivas las prescripciones de dicha auténtica de esta ley que las del Código romano.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1303, propuso un precepto análogo, estando en relación el que comentamos con el 1431 y 1920 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2340 del Código de México, 2208 del de la Baja California, 2340 del de Campeche, viniendo á ser casi idénticos al nuestro los preceptos de estos tres Códigos, pues previenen que cuando haya de hacerse la restitución de dos ó mas dotes, se pagará cada uno con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzare el caudal inventariado para

Digitized by Google

cubrir el resto, se pagará según sus fechas, salva la preferencia que pueda corresponderles por razón de hipoteca; sin que tal precepto se encuentre consignado en los demás Códigos extranjeros, sin duda por creerlo innecesario, dadas las disposiciones que existen respecto á las reservas, pues existiendo éstas han de quedar necesariamente deslindados los derechos que pudieran tener los herederos de la primera mujer, de los que correspondan á la segunda consorte del marido binubo; y por cuanto la dote necesaria y las voluntarias que puedan traerse al matrimonio las consideran los otros Códigos como verdaderos créditos de preferente cobro, según el tiempo y la hipoteca que para su garantía se hubiese constituido.

Art. 1377. Para la liquidación y restitución de la dote inestimada se deducirán, si hubiesen sido pagadas por el marido:

1.° El importe de las costas y gastos sufragados para su cobranza y defensa.

2.° Las deudas y obligaciones inherentes ó afectas á la dote que, con arreglo á las capitulaciones matrimoniales ó á lo dispuesto en este Código, no sean del cargo de la sociedad de gananciales.

3.° Las cantidades que sean de la responsabilidad peculiar de la mujer, con arreglo á lo dispuesto en este Código.

Determinanse en este articulo las deducciones que han de hacerse á la restitución de la dote inestimada, prévia la liquidación correspondiente; y se hace de tal manera que realmente no cabe exponerlo con mas claridad, en razón á lo cual no es indispensable comentarlo; pues los comprendidos en el número primero son tan evidentemente necesarios que ya Ulpiano los calificó de indispensables, y es de buen sentido que no puede hacerse de peor condición al marido que al usufructuario, al cual no se niega la indemnización de tales gastos.

En cuanto al segundo caso que comprende este articulo, es también de buen sentido; pues ya digimos repetidas veces que la mujer es quien debe constituir en ocasiones la dote de sus hijas; y cuando así sucede, tales constituciones implican deudas y obligaciones inherentes ó afectas á la propia dote de la madre, de la que realmente deben deducirse, puesto que el marido solo debe soportar bajo el régimen puramente dotal las cargas calificadas como de la sociedad que bajo tales auspicios se rige, y siempre que resulten gananciales.

Respecto del tercer extremo comprendido en el articulo que nos ocupa, no cabe duda tampoco de su razón de ser, puesto que este mismo Código prefija

Digitized by Google

casos de peculiar responsabilidad de la mujer, y por lo tanto las cantidades por tal motivo satisfechas han de deducirse necesariamente de su propia dote; mucho más si no habiéndose estipulado nada en contrario, las relaciones jurídicas del matrimonio respecto de sus bienes, quedan sujetas á la regla segunda del art. 1315 de nuestro Código, pues entendiéndose el matrimonio contraido bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, las cargas y obligaciones de dicha sociedad son las que se determinan en la sección 4.ª del cap. 5.º de este mismo título, y muy principalmente en sus arts. 1408 al 1410.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, tit. 1.º, lib. 25 del Dig. y leyes 21 y 26, tit. 11, Part. 4.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1304, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 2341 del Código de México, 1723 del de Veracruz-Llave, 2341 del de Campeche, 2009 del de la República oriental del Uruguay y 2209 del de la Baja California.

Art. 1378. Al restituir la dote se abonarán al marido las donaciones matrimoniales que legalmente le hubiese hecho su mujer, salvo lo dispuesto por este Código para el caso de separación de bienes ó para el de nulidad de matrimonio en que haya habido mala fe por parte de uno de los cónyuges.

Nuestro Código, al determinar la prescripción que acaba de consignarse, debió tener en cuenta que realmente estas donaciones, si fueron legalmente hechas, constituyen un verdadero crédito líquido y ejecutivo á favor del marido contra la mujer y sus herederos; y por ello ordenó su abono, salvo lo que en este mismo Código se preceptúa en el caso de que tenga lugar una separación de bienes ó nulidad del matrimonio causada por mala fé de uno de los cónyuges, pues indudablemente conocida la mala fe del marido que habia recibido donaciones aparentemente legales, no podia la ley autorizar aquellas donaciones que se habian otorgado bajo el supuesto falso de una legitimidad conyugal que no existia.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo al que nos ocupa, en su art. 1305; y en relación está el que comentamos con los arts. 69, 72, 1315, 1327, 1331 y 1434 al 1444 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2342 del Código de México, 1724 del de Veracruz-Llave, 2210 del de la Baja California, 2342 del de Campeche y 2019 del del Uruguay, etc., etc.

Art. 1379. Si el matrimonio se disuelve por el fallecimiento de la mujer, los intereses ó los frutos de la dote que deba resti-

Digitized by Google

tuirse correrán á favor de sus herederos desde el día de la disolución del matrimonio.

Si el matrimonio se disuelve por muerte del marido, podrá la mujer optar entre exigir durante un año los intereses ó frutos de la dote, ó que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia del marido. En todo caso se pagarán á la viuda, del caudal de la herencia, los vestidos de luto.

Prescribe este artículo lo que ya hemos adelantado al tratar del art. 1374 con el que tiene gran relación en lo que se refiere al segundo apartado del que al presente comentamos, mucho más al hacer el estudio comparado de la legislación española con la francesa, italiana y belga. Y es tan natural, que si el matrimonio se disuelve por fallecimiento de la mujer, los intereses ó los frutos de la dote, sobre todo de la inestimada que deba restituirse, corran, desde el día de la disolución del matrimonio, á favor de los herederos de aquella mujer fallecida, como es natural y lógico el principio de derecho bajo el cual se sostiene que las cosas producen para su dueño; pues realmente, desde el momento de la muerte de la mujer, la dote por la ley pasa al dominio de sus herederos, aun sin la material tradición de los bienes que la constituyan, y por ello sus frutos naturales ó civiles deben desde aquel momento corresponderles.

En cuanto al segundo extremo, ó sea en el caso de que el matrimonio se disuelva por muerte del marido, no puede suceder otro tanto, por la sencilla razón de que la dote es de la mujer ó sea de la sobreviviente, y, teniendo en cuenta que se aportó para ayudar con sus productos al sostenimiento de la familia, lógico es que se le conceda á la mujer la opción entre exigir durante un año los intereses y frutos de su dote á la testamentaría, ó el que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia del marido; pero de todos modos, ha conceptuado el legislador procedente que, de ese caudal herencial paguen á la viuda los vestidos de luto, lo cual, si bien resulta algún tanto minucioso, casuístico, y, hasta en la mayor parte de los casos innecesario, (pues lógico es que la viuda que se conserva en tal estado y tiene la patria potestad sobre sus hijos, no solo administre su propia dote, sino los bienes de éstos), demuestra en el legislador una exquisita previsión para los pocos casos en que á las viudas se les quiera colocar en situaciones difíciles.

Vemos, hasta cierto punto, precedentes en las leyes 26.ª y 27.ª, tit. 11, Part. 4.ª, y aun en la ley 10.ª, tit. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real; y parece bastante relacionado el precepto que nos ocupa con los de los arts. 52, 142, 153, 1108 y 1430 de este mismo Código.

Concuerda casi exactamente con los arts. 1570 del Código de Francia, 1145

Digitized by Google

del de Italia, 1570 del de Bélgica, y tiene cierta analogia con los arts. 2198, 2200 y 2201 del Código de México, 2060, 2067 y 2068 del de la Baja California y 2193, 2200 y 2201 del de Campeche, que previenen los primeros de cada uno de dichos Códigos, que terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá á cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante, si lo hubiera, se dividirá entre los cónyuges por mitad. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá por mitad de lo que cada consorte hubiere llevado á la sociedad, y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá el total de la pérdida.

El segundo de dichos artículos citados establece que el luto de la viuda se sacará del haber del marido, y el último de los referidos artículos ordena que, muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la testamentaría, mientras no se verifique la partición.

Alguna analogia se observa también en el art. 1773 del Código de Veracruz-Llave, que prefija que del haber del marido se sacará el importe del vestido de luto para la viuda, proporcionado á su situación ó fortuna.

Art. 1380. Disuelto el matrimonio, se prorratearán los frutos ó rentas pendientes entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, conforme á las reglas establecidas para el caso de cesar el usufructo.

Al disolverse el matrimonio no puede menos de hacerse inventario del haber social que quede el dia de la disolución, y teniendo en cuenta el cúmulo de bienes, tenerse también presente debe á cuanto alcanzan los frutos ó rentas pendientes de los mismos bienes, para que dichos frutos ó rentas puedan dividirse convenientemente á prorrata entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, observándose para este prorrateo las reglas establecidas para cuando cese el usufructo, puesto que usufructuarios eran de los bienes sociales ambos cónyuges. Mas para esto es necesario tener en cuenta que es lo que se considera como frutos pendientes y si entre éstos han de comprenderse también los frutos civiles.

No hemos de exponer aquí las diferentes acepciones de la palabra pendientes, ni el sentido jurídico que en el presente caso debe dársele, puesto que el Código se ha redactado bajo la base de conocimientos preparatorios habidos en los que han de aplicarlo, y por lo tanto no se hace indispensable la explicación de cada una de las palabras que su articulado comprende, si bien debe tenerse en cuenta que los frutos pendientes son una parte integrante de la finca, y que por lo tanto el marido nunca puede hacer suyos los de la dote

Digitized by Google

sino á prorrata del tiempo en que sostuvo las cargas del matrimonio, pues sabiendo, como se sabe, que los frutos no siempre se dan una vez al año, sino en periodos mas ó menos cortos según la clase de bienes que los produzcan y los aprovechamientos á que estos mismos se dediquen, no es posible equiparar los frutos civiles ó sean las rentas de predios urbanos que se cobren trimestralmente, con los frutos de bienes ó de predios rústicos forestales, que solo pueden aprovecharse ó percibirse, según su especie, en periodos mas largos, ya de un quinquenio, ya de otros términos mas ó menos reducidos; y seria un absurdo querer equiparar los unos con los otros á los efectos del caso, conceptuando al marido con derecho á percibir los productos forestales como frutos pendientes de montes cortados un año antes de la disolución del matrimonio, y que, por lo tanto, estos frutos llamados pendientes estuvieran en el comienzo de su desarrollo.

Sin confundir los frutos percibidos con los pendientes, sin conceptuar como pendientes todos los que están en embrión ó naciendo, sino los que están en condiciones de prosperidad, hay que tener en cuenta quien ha cuidado de su desarrollo para decidir á quien corresponden.

Así es que, rigiéndose en esto el caso á que se refiere el art. 1380 que de nuestro Código comentamos, por las reglas del usufructo, deberemos recordar solamente que los frutos naturales ó industriales y pendientes cuando empieza el usufructo, son del usufructuario, y los pendientes á su termino, son del propietario, mientras que los frutos civiles se prorratean en proporción al tiempo en que cada uno ha estado en posesión legal de la cosa (art. 472 de este Código), por la sencilla razón de que éstos corresponden á todos y cada uno de los dias, todos y cada uno de los momentos, mientras que aquéllos se perciben de una vez.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, 11.ª y 21.ª, tit. 3.º, lib. 24 del Digesto; 10.ª, tit. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real y 26.ª, tit. 11, Part. 4.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1306, proponia un precepto análogo, y en relación está con los arts. 471 al 490 de este mismo Código, que se ocupan precisamente de los derechos del usufructuario.

Concuerda con los arts. 1571 del de Francia; 1416 del de Italia; 1571 del de Bélgica, 1162 del de Portugal, 2376 del de la Luisiana, 1111 del de Vaud, 1725 del de Veracruz-Llave; 2343 y 2344 del de México, 2211 y 2212 del de la Baja California, 2343 y 2344 del de Campeche; siendo éstos casi iguales en la esencia al nuestro, y haciéndose ver claramente en los tres últimos la diferencia entre los frutos pendientes manifiestos ó nacidos y los no manifiestos, puesto que preceptúan que en los no manifiestos la mujer abonará los gastos de cultivo.

Digitized by Google

CAPITULO IV.

De los bienes parafernales.

Art. 1381. Son parafernales los bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituída ésta, sin agregarlos á ella.

Al entrar en el estudio de este Capitulo 4.°, vemos que los bienes parafernales no tienen en nuestro Código la acepción juridica que tenian entre los romanos. De origen griego la palabra parafernales παρα φερνα, no cabe duda que el pueblo romano, cuyo antiguo derecho atendió en poco á la mujer y no la daba la debida consideración en la familia, fué el que imprimió carácter á tales bienes parafernales ó extradotales, cuando humanizándose aquel derecho férreo, se le concedió á la mujer que se reservase, sin entregar á su marido ni entrar en la familia, por decirlo asi, alguna parte de su fortuna con que atender (caso de repudio, muy comun entonces) á sus necesidades mas perentorias y subsistencia ulterior. Presuponiase generalmente la existencia de la dote cuando existian esos bienes parafernales, pues dado el autoritarismo que dominaba en aquella época, y la clase de matrimonio entonces existentes, *per confarreacionem*, *per coeccionem*, *sinendi modo*, no se comprendia unión conyugal sin esa especie de venta ó especulación que implicaban tales fórmulas, ni se concebia su concesión mas que como una consecuencia inmediata del sistema dotal puro, en que el marido se hacia dueño de los bienes dotales: por esto á dichos bienes parafernales se les llamaba también extradotales.

No tienen en nuestra patria la misma razón de ser que en la egregia Roma los parafernales; porque afortunadamente ni en nuestra texitura se alberga la idea del repudio, ni los bienes de la mujer corren los peligros que en otros pueblos, ni el divorcio disuelve el vinculo, ni las separaciones son frecuentes, ni la dote queda al capricho del marido, ni nuestras costumbres caballerosas hacen por lo general una especulación de tan santo enlace. Aquí, donde la dote está bien garantida, donde la mujer es la dulce compañera del hombre, donde los consortes caminan ordinariamente hacia la sola idea del sostenimiento y bienestar de la nueva familia que han constituido, donde el sistema de gananciales contribuye á que no haya capital partido, y donde hasta repugna entre marido y mujer hablar de lo tuyo y de lo mio, porque solo se trata de lo nuestro, los bienes parafernales son innecesarios. Su conservación no obedece á nada, y lejos de dar resultados prácticos, en la mayor parte de las ocasiones

Digitized by Google

ha de dar lugar á pleitos y á fraudes. Es más, los bienes parafernales parecen una contradicción de los gananciales.

Ante el derecho romano moderno la mujer era la administradora, la usufructuaria y la exclusiva dueña de los parafernales; ante las Partidas concediéronse algunos derechos al marido sobre tales bienes; extendiéronse esos derechos del marido ante las leyes de Toro, y tan grandes llegaron á ser ante las últimas disposiciones legales que en vigor estuvieron hasta la publicación de este Código; y tal fué la doctrina sentada por el Supremo Tribunal de Justicia, que en los bienes parafernales la mujer no disponia ya más que del título dominical, pues aunque los administrase por si misma no podia enajenarlos ni estipular convención alguna acerca de ellos sin licencia marital, ni podia disponer de productos y rentas, pues todos ellos se aplicaban á las atenciones y cargas del matrimonio, según se decidió en diferentes sentencias de aquel Supremo Tribunal, entre otras, la de 8 de Octubre de 1866, 26 Octubre de 1867, etc., etc.; sin que tales vicisitudes signifiquen otra cosa que su improcedencia, que pasaron las oportunidades de su establecimiento, y las razones de sus reservas; siendo hoy por demás extraño su sostenimiento, después de lo que se determina en el art. 1315 de este mismo Código.

Sin embargo, nuestro Código dedica á estos bienes parafernales doce artículos, determinando en el primero de este capitulo, ó sea en el 1381, que son parafernales los bienes que la mujer aporta al matrimonio, sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituida ésta, sin agregarlos á ella; consignando así, sin duda alguna, la subsistencia de los parafernales, no con el carácter que antes tenían, sino como una consecuencia de la libertad de paccionar entre los *esposos* admitida por las leyes modernas y admitida por el art. 1315 antes citado de nuestro Código; pero entiéndase bien que esa contratación se refiere á los esposos, ó sea á los prometidos, antes del momento de la celebración del matrimonio, no á los cónyuges ó sea al marido y la mujer después de haber celebrado el enlace matrimonial, haberse identificado y haber constituido una entidad jurídica, una nueva familia.

Por esto algunos opinan, y no les falta razón, que hoy esos parafernales, deberian más lógicamente denominarse bienes libres ó extrasociales, si se admite su separación de los bienes familiares, á los que corresponde todo cuanto los cónyuges tienen.

Señálanse por algunos analogias entre los bienes dotales y los parafernales; y nosotros, reducidos á la obediencia de la ley que los separa, hemos de adelantar hoy, que las diferencias esenciales entre los mismos por su organización legal, están en que los primeros pueden pasar á ser del dominio del marido, mientras que los parafernales se conservan siempre en el dominio de la mujer; y que el administrador de los dotales es por la ley el marido, mientras que de los parafernales solo lo es cuando con tal fin la mujer los entrega á su marido ante Notario público.

Digitized by Google

El Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de Marzo de 1858, decidió que los bienes que la mujer casada adquiere por herencia, entran en la clase de parafernales si no estipuló previamente que se considerasen como aumento de dote; y otra sentencia del mismo Tribunal, fechada en 9 de Enero de 1860, confirmando las disposiciones de la ley 17.ª, tit. 11, Part. 4.ª, determinó que la entrega de una herencia para que se tenga por extradotal debe entregarse señaladamente á la mujer como tal, y que en caso de duda, se considerará que no hubo tal entrega; asi como en sentencia de 4 de Setiembre de 1861 se decide que el marido queda obligado con sus bienes, especialmente hipotecados, á garantir los bienes de su mujer.

Concordancias vemos en los arts. 1574 del Código de Francia, 1425 del de Italia, 1574 del de Bélgica, 1142 del de Guatemala, sin que otros varios Codigos hagan mención de los referidos bienes parafernales, por creerlos innecesarios dentro de la sociedad voluntaria y de la sociedad legal en que se fundan las aportaciones al matrimonio.

Art. 1382. La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales.

Ya lo hemos dicho en repetidas ocasiones; la mujer conserva el dominio de los bienes parafernales. La ley 8.ª, tit. 11, lib. 5.º del Código *Repetitæ prelectionis*, como la ley 17.ª, tit. 11, Part. 4.ª asi lo prescribieron también, expresándolo ésta última bajo la palabra *señorío*, si bien algunos intérpretes consideraron tal palabra como significativa de administración.

Nuestra ley Hipotecaria peninsular, en su art. 180, asi como la de Cuba en su art. 194, y la de Puerto Rico y Filipinas en sus art. 188 respectivamente (pues coinciden en su articulado), preceptúan unánimes que el marido no podrá ser obligado á constituir hipoteca por los bienes parafernales de su mujer, sino cuando éstos le sean entregados para su administración por escritura pública y bajo la fe del Notario, etc., etc.

Concuerda el precepto que nos ocupa con los arts. 1576 del Código de Francia, 1427 del de Italia, 1576 del de Bélgica, 1144 del de Guatemala, y otros.

Art. 1383. El marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto á los bienes parafernales, sin inierveución ó consentimiento de la mujer.

No cabe tampoco duda alguna acerca del precepto que acabamos de consignar. El marido, por más que represente generalmente á su mujer, ninguna acción puede ejercitar con relación á los bienes parafernales, sin que la pro-

Digitized by Google

pietaria y administradora de dichos bienes dé el correspondiente consentimiento, ó intervenga en el ejercicio de dichas acciones. Parecia lógico, que si la mujer se reservaba la administración de dichos bienes, ella pudiera ejercitar los actos propios del administrador con independencia del marido, y asi sucedia antes de la promulgación de las leyes de Toro y de la ley 7.ª, tit. 2.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, pues según la ley 17.ª tit. 11, Part. 4.ª ya citada en otro lugar, dice refiriéndose á los bienes parafernales: *E si los non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el señorio en ellos, siempre finca la mujer por señora dellos.* Por lo tanto bajo este concepto, quien tiene y conserva derechos dominicales en unos bienes; quien los posee y los administra, ejercitar puede y debe las acciones que de dicho dominio se deducen. Pero, dictadas ya las antes indicadas leyes de Toro, en la 55 se preceptuó que la mujer no podia contratar, cuasi contratar, comparecer en juicio, ni obligarse sin licencia de su marido, y ya con estos precedentes, se ve la consecuencia de la prescripción que de nuestro Código comentamos, por cuanto suponiendo como supone la administración de esos bienes, verdadera necesidad de contratar y ejercitar acciones, resultaria que, á consecuencia de la mencionada ley de Toro, se le privaria á la mujer de las facultades que por la ley de Partida tenia, si no se daba el precepto que hoy de nuestro Código comentamos. Hay más, la Pragmática de Carlos III, consignada en la ley 7.ª, título 2.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, en la que se concedió al marido mayor de 18 años la administración de sus bienes y de los de su mujer, sin exceptuar los parafernales, es un verdadero precedente de lo que nuestro Código determina en el artículo que del mismo nos ocupa; y tal Pragmática demuestra lo innecesario de los bienes parafernales cuya subsistencia han combatido algunos tratadistas, por más que el Tribunal Supremo sentó la doctrina de que Carlos III solo se habia propuesto otorgar una dispensa de ley á los maridos que no habiendo llegado á la mayor edad, entonces prefijada en los 25 años, tenian 18 cumplidos, para que con esta facultad de administrar sus bienes y los de su mujer, se viese una atención á los matrimonios jóvenes que convenia alentar.

Concuerda hasta cierto punto con los arts. 1577 del Código de Francia, 1427 del de Italia, 1577 del de Bélgica, 1148 del de Guatemala, y otros.

Art. 1384. La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, á no ser que los hubiera entregado al marido ante Notario con intención de que los administre.

En este caso, el marido está obligado á constituir hipoteca por el valor de los muebles que recibiere o á asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales.

Digitized by Google

Natural y justo es lo que determina este artículo; y su necesidad es tan generalmente sentida, que ya en varias sentencias del Tribunal Supremo citadas, entre otras las de 9 Enero de 1860 y 1861, se sentó la doctrina que hoy establece y desarrolla el art. 1384 que al presente comentamos, tanto en su primer extremo como en su segundo apartado.

No deja de tener cierta relación con los arts. 1857 y 1874 al 1880 de este mismo Código; y con los arts. 168, 169, 173, 175, 180, 181, 188 al 191 de la ley Hipotecaria, así como las respectivas leyes hipotecarias de Ultramar, en sus artículos concordantes á los de la nuestra, consignados en el segundo tomo de esta obra.

Concuerda, ó mejor dicho tiene alguna analogía con los arts. 1576 y 1577 del Código de Francia, 1427 y 1428 del de Italia, 1576 y 1577 del de Bélgica, 1144 y 1145 del de Guatemala y otros; todos los cuales dan por supuesta la administración de estos bienes en la mujer á no ser que ésta la entregue al marido señaladamente, etc. etc., como lo disponía la ley 17, tit. 11, Part. 4.ª antes citada que corroboraron las sentencias ya indicadas del Tribunal Supremo, y las de 27 Noviembre de 1865 y 3 de Febrero de 1870.

Art. 1385. Los frutos de los bienes parafernales, forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

También lo estarán los bienes mismos en el caso del artículo 1362, siempre que los del marido y los dotales sean insuficientes para cubrir las responsabilidades de que allí se trata.

En este artículo se ve de una manera palmaria la contradicción que existe entre la base de la constitución económica de la familia sentada en este Código, y muy principalmente en su art. 1315, en que se establece la sociedad legal de gananciales y la subsistencia de los bienes parafernales, tal cual se consideraron en el pueblo romano, ó sea como extradotales; pues no se comprende que, siendo lógicos con lo que anteriormente hemos expuesto respecto del verdadero origen y fundamento que tuvieron los dichos bienes parafernales, vayan á responder sus frutos como los bienes de la dote inestimada, de los gastos diarios usuales de la familia, ni mucho menos que vengan á estar sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, pues si son bienes propios y exclusivos de la mujer y en ellos no pierde el dominio la administración y la posesión de todo señor, parecía lo natural que esos frutos siguiesen las consecuencias de los bienes de donde procedían. Por esto encontramos más lógicas las prescripciones de la legislación catalana, que son puramente romanas, según las cuales los frutos de los bienes parafernales pertenecen á la mujer

Digitized by Google

como sus propios bienes, pudiendo acumularlos al capital ó disponer libremente de ellos, siempre que no los hubiera cedido expresamente á su marido; lo cual es perfectamente razonable y se comprende bien, desde el momento en que se sabe que la constitución económica de la familia catalana es muy distinta de la que se establece en nuestro Código, toda vez que en esta región no existe la sociedad legal ni ingresan por lo tanto en el acerbo común, como en las regiones no aforadas, esos bienes parafernales, pues el marido solamente recibe la dote y hace suyos los frutos de la misma para atender con ellos á las cargas matrimoniales.

Y esto que es perfectamente lógico como hemos dicho, dadas las bases de la constitución de la familia, con la nueva organización familiar que nuestro Código en su art. 1315 prescribe, y con el precepto del art. 44 de la Ley de Matrimonio civil de 1870, es extremadamente absurdo, porque si bajo aquellas disposiciones y las de nuestro Código, los cónyuges se obligan á socorrerse mútuamente y viven en una sociedad legal de gananciales, la idea que tales principios entrañan, pugna y no puede menos de pugnar con la verdadera acepción técnica de la palabra bienes parafernales, ó sea los dados fuera de la dote que obligados no quedaban ni debian quedar á las necesidades comunes de la familia como los dotales que ya se sabia eran precisamente constituidos para ayudar al sostenimiento de la misma.

Por esto vemos desnaturalizados los bienes parafernales desde el momento que al dar reglas para su régimen se dictan preceptos como el del art. 1385 que de nuestro Código comentamos, y en el cual se consideran los frutos de dichos bienes como parte del haber de la sociedad conyugal sujetos al levantamiento de las cargas matrimoniales, y casi en las mismas circunstancias y condiciones que dentro de la sociedad legal de gananciales se encuentran los bienes dotales.

Precedentes encontramos, más bien que de éstos, de los antiguos bienes parafernales en la ley 5.ª, tit. 3.º, lib. 25 del Digesto; y en relación parece está el artículo que comentamos con los arts. 56 y 59 al 61 del mismo.

Análogos preceptos entrañan, más que concordancias, los arts. 1575 del Código de Francia, 1426 del de Italia, 1575 del de Bélgica, y hasta el art. 1153 del de Guatemala, en el que se hace la oportuna diferencia acerca de los bienes parafernales que administra la mujer y de los que ésta confia su administración al marido, pues solo en este último caso los aumentos ó menoscabos de aquellos bienes parafernales, siguen las condiciones de los aumentos ó menoscabos de los bienes dotales.

El Tribunal Supremo en múltiples sentencias, entre ellas las de 27 Noviembre de 1865, 8 Octubre de 1866 y 3 Febrero de 1870, ha sustentado que la administración de los bienes parafernales corresponde á la mujer, que si bien esto es así, debe entenderse sin perjuicio de la intervención que la ley concede al

Digitized by Google

marido en todos los contratos que aquélla realice referentes á dichos bienes, so pena de nulidad del contrato, y que los frutos y rentas de los mismos son comunes mientras subsista el matrimonio.

Art. 1386. Las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, á menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia.

Seria una verdadera iniquidad que, admitida la separación de bienes dotales y bienes parafernales y considerados éstos como del exclusivo dominio y administración de la mujer, se les hiciera responsables, ni aun en sus frutos, de las obligaciones personales del marido, pues si tal sucediera podria preguntarse qué tenian de parafernales los bienes asi denominados en nuestro Código; y aun la última parte del artículo que nos ocupa, nos parece compromete demasiado los frutos de los bienes parafernales, pues las obligaciones personales rara vez redundan en provecho de la familia, y nunca es justo se satisfagan con bienes que son exclusivamente de la pertenencia de la mujer y que reservándoselos á ésta como propios, y no entrando en la sociedad legal, sus frutos deben ser exclusivamente de la mujer.

En el artículo anterior no se determina hasta donde se extiende esa obligación, y aun cuando los frutos de los bienes parafernales se conceptúe que forman parte del haber social conyugal y que están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, una cosa es que tengan esta sujeción y que según la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, obligados queden al pago de lo necesario para dotar las hijas, á la educación y alimentación, al sostenimiento en un juicio de los derechos de los cónyuges, á realizar mejoras comunes y á cuanto se relacione con los gastos reconocidos como propios del matrimonio, y otra cosa, bien contraria por cierto, es que se extienda su responsabilidad hasta las obligaciones personales del marido.

Art. 1387. La mujer no puede, sin licencia del marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, á menos que sea judicialmente habilitada al efecto.

El precepto de este artículo, que es análogo al del art. 49 de la ley de Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870, viene á desfigurar de tal modo la naturaleza propia de los bienes parafernales, que anulando la prescripción de la ley 8.ª tit. 14, libro 5.º del Código romano, sienta y corrobora cuanto determina

Digitized by Google

la ley 55 de Toro, ó sea la ley 11, tit. 1.º, lib. 1.º de la Nov. Recop., de donde parece haberse tomado el articulo que de nuestro Código nos ocupa; y su redacción demuestra más y más la tesis por nosotros sostenida de que realmente no existen parafernales ante el derecho común, ó si aparecen con una existencia oficial, es casi puramente de nombre y reducida hasta su más minima expresión.

Hemos de repetirlo una vez más; los parafernales no se adunan ciertamente con los principios bajo los cuales se constituye en nuestro Código la sociedad familiar; no están ni pueden estar conforme con lo que prescribe el art. 1315, tantas veces citado, y con lo que se previene en los arts. 60 y 61 de este mismo Código, por cuanto según éstos no le es dado á la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por titulo oneroso ni lucrativo, obligar sus bienes y enagenarlos, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley. Y esto se observa de un modo tan absoluto, que aún en este territorio, donde los bienes parafernales tienen un carácter puramente romano, no se consienten las inscripciones de ventas de bienes parafernales hechas por la mujer sin consentimiento del marido, aunque haya pendiente demanda de divorcio, preceda autorización judicial y su venta se realice para satisfacer créditos hipotecarios, cuya constitución estaba debidamente autorizada. . . . . lo cual viene á demostrarse con las sentencias de 8 Octubre de 1866 y 29 Octubre de 1867, ya citadas en otra ocasión, en las que se determina que si bien corresponde á la mujer la administración de los bienes parafernales, esto se entiende sin perjuicio de la intervención que, según otras disposiciones legales, debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia ó autorización no puede aquella concurrir ni celebrar por si.

En relación también el articulo que nos ocupa con los 1994 al 2001 de la ley de Enjuiciamiento Civil, parece tener alguna analogia con la segunda parte del art. 1576 del Código de Francia, con el 1147 del de Guatemala y con el 1576 del de Bélgica, que en la esencia son iguales.

Art. 1388. Cuando los parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico ó efectos públicos ó muebles preciosos, el marido tendrá derecho á exigir que sean depositados ó invertidos en términos que hagan imposible la enajenación ó pignoración sin su consentimiento.

Indudable es que el marido está interesado en que no se malogren los frutos de los bienes extradotales, que según el art. 1385 de este mismo Código á la sociedad conyugal pertenecen, y también lo está en que no desaparezcan los bienes principales, y en que éstos produzcan lo que debieran producir; pues

Digitized by Google

bien, para cumplir este fin y por el interés que en ello cabe al marido, el artículo que nos ocupa le faculta para exigir que sean depositados ó invertidos los valores metálicos, efectos públicos ó muebles preciosos que integran los parafernales en términos que se haga imposible toda enajenación ó pignoración de los mismos sin su consentimiento cuando la mujer se hubiere reservado la administración de dichos parafernales.

Estas mismas precauciones se observan contra el marido en los arts. 187 y 188 de la ley Hipotecaria peninsular, correspondientes á los arts. 201 y 202 de la de Cuba y 195 y 196 respectivamente, de las de Puerto Rico y Filipinas; relacionándose el precepto que comentamos con los arts. 61, 62 y 346 de este mismo Código.

Art. 1389. El marido á quien hubieran sido entregados los bienes parafernales, estará sometido en el ejercicio de su administración á las reglas establecidas respecto de los bienes dotales inestimados.

Es de pura sinderesis el precepto que acaba de consignarse; pues si de la dote inestimada es solamente administrador y usufructuario el marido, y como tal debe cuidar de su conservación y restitución en su caso, no cabe duda que las mismas prescripciones que regulan la restitución de la dote inestimada en lo relativo á la liquidación á que se refiere el art. 1377, lo que respecto de créditos y derechos aportados en dote inestimada previene el art. 1375, lo que con relación á la misma se preceptúa en los arts. 1362, 1363, 1372 y demás concordantes, debe tenerse en cuenta, relativamente, á esos bienes parafernales.

Análogas disposiciones se ven en el art. 1148 del Código de Guatemala, mientras que los arts. 1580 del Código de Francia, 1431 del Código de Italia y 1580 del de Bélgica, prescriben que el marido que disfrutare de los bienes parafernales deberá cumplir con todas las obligaciones del usufructuario.

Art. 1390. La enajenación de los bienes parafernales da derecho á la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio que el marido hubiese recibido. Tanto el marido como la mujer podrán, en su caso, ejercer respecto del precio de la venta el derecho que les otorgan los artículos 1384 y 1388.

Las mismas razones que hemos dicho habia al comentar el artículo anterior para que el ejercicio de la administración de bienes parafernales se sobo-

Digitized by Google

tiera á las reglas que sigue la administración de los bienes dotales, vemos aquí para aplicar los preceptos de los arts. 1384 y 1388 de este Código á la enajenación de los bienes parafernales, y para que en virtud de ésta la mujer tenga el derecho de exigir la constitución de la hipoteca por el importe del precio que su marido hubiera recibido; pues el objeto del legislador, en uno y otro caso, es el aseguramiento de los bienes que al matrimonio aporta la mujer en uno y otro concepto.

Esto mismo se ve confirmado en el art. 188 de nuestra ley hipotecaria peninsular, que corresponde al art. 202 de la de Cuba y al 196 de las de Puerto-Rico y Filipinas, procurándose en todos ellos que la mujer pueda exigir á su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados ó gravados, ó los primeros que adquiera cuando carezca de ellos, al tiempo de verificarse la enajenación ó imponerse el gravamen; relacionándose también con los arts. 169 y 191 de la misma ley hipotecaria peninsular correspondientes al 183 y 205 de Cuba y 177 y 199 de las de Puerto-Rico y Filipinas; así como también se halla en relación con los arts. 1857 y 1874 al 1876 de este mismo Código.

Art. 1391. La devolución de los bienes parafernales cuya administración hubiese sido entregada al marido, tendrá lugar en los mismos casos y en la propia forma que la de los bienes dotales inestimados.

Tenemos aquí otro artículo de referencia de justa y natural aplicación, pues si la propiedad de los bienes parafernales radica siempre en la mujer y jamás se transmite al marido, claro es que han de devolverse á su propietaria tan pronto como el matrimonio se disuelva ó se declare nulo, ó cuando se transfiera la administración á la mujer, ó cuando los Tribunales lo ordenen con arreglo á las disposiciones de este mismo Código; lo cual está en perfecta relación con lo que se previene en los arts. 225 apartado 2.°, 1365, 1367 al 1373, 1375 al 1380 de este mismo Código; siendo los concordantes de más importancia á los efectos del caso el apartado 2.° del 225, el art. 1365 y el 1367.

Más, ocurrir pudiera la duda de si la mujer que puede libremente confiar la administración de sus parafernales á su marido, podrá así mismo retirarle los poderes para administrar cuando lo creyere conveniente. Nosotros creemos que correspondiendo, como corresponde de derecho á la mujer, el dominio, administración y posesión de los bienes parafernales, no debe suscitarse duda alguna acerca del caso, porque si confió la administración de estos bienes á su marido fué por un acto libérrimo de su expontánea voluntad, y por consiguiente, no le obliga en más ni en menos que lo que obligaria á un propietario

Digitized by Google

cualquiera el confiar la administración de sus bienes á una persona con quien no le uniese vinculo alguno, pues no se trata aqui de actos y contratos irrevocables, ni la administración en general tiene ese carácter; por ello, pues, y para la mayor seguridad en que, con tal facultad se coloca la mujer para apartar sus bienes parafernales de una administración ruinosa en la que bajo supuestos equivocos la hubiere constituido, entendemos, que con la misma libertad que la mujer puede confiar la administración de sus bienes á su marido, no ha de negársele el derecho de retirarle dicha administración.

CAPITULO V.

De la sociedad de gananciales.

SECCIÓN PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1392. Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias ó beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio.

¡Cuán opuesta es esta bella teoria á la antilógica de los parafernales que acabamos de tratar! La una, signo de confianza, de igualdad y de cariño. La otra, signo de esclusivismo y de desconfianza. Nada más halagüeño y moral; nada más natural y conforme á los fines del matrimonio que la sociedad de gananciales.

Hay causas simpáticas que se comprenden y adhieren al común sentir de las personas honradas, que se reciben con aplauso general, que nacen, se desarrollan y perpetúan fácilmente, porque están conforme con la ley natural, porque se albergan en la conciencia de todos, porque la razón humana las ampara.

Una de esas causas admitidas con fruición, es la de la sociedad de gananciales en el matrimonio, porque establece una bien entendida comunidad de intereses, que está en relación armónica con la verdadera idea de lo que debe ser el conyugal enlace, de esa santa unión de cuerpos que forman á la vez un consorcio moral, por el cual se unifican las aspiraciones de los contrayentes y se convierte en una sola la vida de los cónyuges; unidad que no puede ne-

Digitized by Google

garse respecto de los intereses materiales que constituyen la base del bienestar de la vida práctica, y de la cual parece que á esa realidad patente se arranca un hecho material de perfecta comunión para convertirla en principio de derecho positivo. Esta es la sociedad de gananciales que tan excelentes resultados ha dado en Aragón, y que por más que fué combatida por algunos publicistas, tuvo sus ensayos en varios paises, y hasta en los pueblos nómadas hubo de significarse su necesidad para dar participación en los bienes del marido á la mujer que con él compartia los sufrimientos de la vida errante y azarosa. Gananciales que, si bien no habian sido perfectamente determinados, nuestro Código ha sabido concretar preceptuando que comienzan el dia mismo de la celebración del matrimonio, y dando las reglas necesarias para su desarrollo y efectos consiguientes.

La sección 1.ª de este capitulo se ocupa solo de las disposiciones generales sobre esta materia; es decir, que sienta las bases, los principios, sobre que ha de girar la gran sociedad familiar.

Conviene distinguir, en cuanto al régimen de los bienes conyugales, el sistema dotal, el de comunidad y el mixto, de los cuales ya hicimos indicación en otro comentario, el del art. 1315, base angular del régimen de los bienes matrimoniales. No hemos de repetir aquí que el sistema dotal ó romano tiene grandisimos inconvenientes, que el de comunidad ó germano no carece de ellos cuando se entiende de una manera absoluta, y que, expuesto éste en el Fuero del Baylio, comprendia no solo los bienes que se adquirian durante el matrimonio, sino que también los aportados al mismo por cada uno de los cónyuges; pues dice el Fuero aludido: «Todos los bienes que los casados llevan al matrimonio y adquieran por cualquier razón, se comunican y sujetan á partición como gananciales.» Pero en vista de los inconvenientes de uno y otro sistema, establécese el mixto en nuestro Código, bajo la base de los pactos voluntarios que los esposos quieran hacerse respecto de sus bienes, y de que cuando no se estipulase entre ellos convención alguna, ó en lo que á lo convenido no se opusiere, se sienta una sociedad legal entre los esposos, en virtud de la cual, se consideran comunes las ganancias durante el matrimonio obtenidas.

De manera, que realmente nuestro Código reconoce dos sociedades con relación á la familia; la que procede del pacto, y la que, en defecto de este, establece la ley. Los cónyuges según nuestro Código, no tienen obligación de asociar sus bienes bajo el sistema de gananciales; pero, si ellos no estipulan algo acerca del régimen de los bienes que al matrimonio aportan, la ley los asocia para el sistema de gananciales.

Hoy, el primer principio de que ha de partirse para estudiar debidamente la sociedad de gananciales, es el de que dicha sociedad empieza con el matrimonio y termina con su disolución, no pudiendo prevalecer contra esta base

Digitized by Google

pacto alguno en contrario; y durante esa sociedad exista, mientras la vida social igual á la del matrimonio tiene lugar, el marido y la mujer hacen suyos por mitad los beneficios ó ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Esto es lo que prescribe el art. 1392 del Código que comentamos, primero de esta sección, y base fundamental de las demás reglas que sobre gananciales hemos de ir estudiando.

Precedentes encontramos en las leyes 16, tit. 2.°, lib. 4.° del Fuero Juzgo; 3.ª, lib. 3.° del Fuero Real, y 1.ª y 3.ª del tit. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación: si bien estas disposiciones no eran tan técnicas y expresivas como las del art. 1392 que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 52 y 1315 de este mismo Código, y que sienta un nuevo sistema eclecticista, donde el oportunismo y la ley, armónicamente enlazados, rinden á la libertad de la propiedad un tributo, y dan á la naturaleza lo que su ley y la positiva deben darles.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1309, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 211 del Código de Holanda, 1399 del de Francia, 1436 del de Italia, 1399 del de Bélgica, 1261 y 1262 del de la República Argentina, 1911 del del Uruguay, 1157 del de Guatemala, etc., etc.

Art. 1393. La sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio. Cualquiera estipulación en sentido contrario se tendrá por nula.

Ya lo hemos dicho antes, la sociedad de gananciales empezará precisamente el dia de la celebración del matrimonio, teniéndose por nula cualquier estipulación en contrario.

Las leyes 1.ª, tit. 3.°, lib. 3.°, del Fuero Real, y 205 de la del Estilo, prevenian algo sobre el particular, dando lugar á dudas que nuestro Código resuelve implícitamente con el claro y terminante precepto que nos ocupa. Desde la celebración del matrimonio comienza á regir el sistema establecido, sin que pueda variarse durante el matrimonio; pues lo contrario podria dar lugar á fraudes, y dificultaria si no imposibilitaba la averiguación de la época en que se obtuvieron las conquistas ó ganancias. La sociedad es una consecuencia del matrimonio legal, no un resultado de uniones torpes y extralegales; por consiguiente, solo puede nacer con el matrimonio celebrado según ley, y concluir cuando legalmente concluye el matrimonio.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1310, propuso preceptos análogos, y en relación está el que nos ocupa con los arts. 1665 al 1670 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1399 del Código de Francia, 1433 del de Italia, 1399 del de Belgica, 1261 del de la República Argentina y 202 del de Holanda.

Digitized by Google

Art. 1394. La renuncia á esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio sino en el caso de separación judicial.

Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, ó después de disuelto ó anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el art. 1001.

Si la renuncia pudiera hacerse durante el matrimonio, envolveriase en ella una donación simulada, y como ya hemos dicho antes, que es nula toda donación entre cónyuges (art. 1334), he aquí la razón, porque siendo lógicos y consecuentes no podríamos admitir en manera alguna la renuncia que prohibe el artículo 1394 que comentamos. Y aun disuelto ó anulado el matrimonio, ó efectuada una separación legal, esa renuncia, causando como causa estado, no puede menos de hacerse constar por escritura pública, porque conviene asegurar en cuanto sea posible la certeza de un acto que puede redundar en perjuicio de tercero, como es natural que los acreedores tengan, en caso de esta renuncia, los mismos derechos que tienen cuando un heredero renuncia la herencia en perjuicio de los mismos, ó sea el de sostener por sí los derechos del renunciante hasta que necesario fuere para reintegrarse de sus créditos, facultad concedida en el art. 1001 de este mismo Código), siendo aquí todavía más fundado este derecho, puesto que los gananciales se comunican á la mujer en cuanto al dominio y á la posesión, aun durante el matrimonio, si bien solo *in habitu*, y pasarán á serlo *in actu* de su propiedad desde el momento en que la sociedad se disuelve.

Dudas se habrán suscitado acerca de la interpretación de la ley 60 de Toro, transcrita á la ley 9.ª, tít. 5.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y contra la opinión de Morató y Molina, ya Gomez y Escriche habian sostenido lo mismo que preceptúa nuestro Código, que tal renuncia no puede hacerse durante el matrimonio.

El Proyecto de 1851, en los dos primeros apartados de su art. 1312, proponía preceptos análogos al que nos ocupa, que relación guardan con los artículos 52, 68, 72, 73, 1001, 1216, 1280 y 1418 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1092 del Código de Guatemala, 2151 del de México, 2018 del de la Baja California, 2151 del de Campeche; y así lo dan á entender también los arts. 1445 y 1447 del Código de Francia, 1411, 1412 y 1444 del de Italia, 1979 del del Uruguay, 174 y 187 del de Holanda y 412 del de Prusia.

Art. 1395. La sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se oponga á lo expresamente determinado por este capítulo.

Digitized by Google

Otro principio general que ha de observarse en la sociedad de gananciales, es que, en cuanto no se oponga á este capítulo, aquella ha de regirse por las prescripciones del contrato de sociedad, especialmente por los arts. 1680 al 1709; y esto es natural, porque si algún precepto como supletorio convenia aplicar á los gananciales es el que más analogía con los mismos tiene dicho contrato de sociedad.

El Proyecto de 1851, en su art. 1313, proponia un precepto análogo y casi idéntico hasta en sus palabras, lo cual nada tiene de estraño, porque en la especie se observan por regla general las mismas leyes del género de donde se deriva, en cuanto no se rozan con las que constituyen la diferencia específica entre ambos.

Concuerda con los arts. 208 del Código de Holanda, 1574 del Sardo, 1262 del de la República Argentina, 1434 del de Italia, y otros.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LOS BIENES DE LA PROPIEDAD DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES.

Art. 1396. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

1.° Los que aporte al matrimonio como de su pertenencia.

2.° Los que adquiera, durante él, por título lucrativo.

3.° Los adquiridos por derecho de retracto ó por permuta con otros bienes, pertenecientes á uno sólo de los cónyuges.

4.° Los comprados con dinero exclusivo de la mujer ó del marido.

Preséntase aquí un cumplido y exacto cuadro de los bienes que dentro de la familia corresponden en propiedad á cada uno de los cónyuges, señalando lógicamente, en primer término, los que cada uno aporta al matrimonio como de su pertenencia, porque nunca aquello puede pasar á ser del otro, ni común, y solo se comunican los productos de tales bienes para ayudar al sostenimiento de la familia. Designa en segundo término, los que cada cónyuge adquiere durante el matrimonio por título lucrativo, porque tales bienes benefician con sus productos á la sociedad, pero son adquiridos solo en consideración, no á la sociedad misma, sino á la persona que los reciba. Se trata en tercer lugar, de los bienes adquiridos por derecho de retracto ó por permuta con otros bienes propios, pues estos son ya preexistentes, y principalmente los permutados vienen á suplir á los que su dueño llevó al matrimonio, por lo tanto se colocan en

Digitized by Google

igual situación que aquellos, ó sea en análogas circunstancias á los comprendidos en el núm. 1.° de este mismo artículo. En cuanto al cuarto grupo, se funda en los mismos principios que los de los núms. 1.° y 3.° de este art. 1396, porque si uno de los cónyuges llevó al matrimonio dinero en vez de otras cosas inmuebles, es evidentemente justo, que por más que los productos de aquel dinero los dedique á las atenciones de la casa, el dinero será siempre de su propiedad, como el que adquiere por título lucrativo, y si lo dedica un dia á la compra de bienes, no cabe duda que aquello comprado con dinero exclusivamente suyo por cualquiera de los cónyuges, á él exclusivamente en propiedad le corresponde. Y esto es de buen sentido; en ninguna sociedad pueden resultar ganancias sin que antes se cubra el capital social; en la sociedad matrimonial hay dos socios que han aportado á la sociedad sus capitales propios respectivamente, y de ellos resulta el verdadero capital social, antes de llegar á las ganancias; es por lo tanto indispensable fijar cuales sean los bienes propios de cada uno de los socios, ó sea del marido y de la mujer, para que caso de disolución se aparten los capitales de cada uno, y si algo sobrare se divida como bienes gananciales.

Disponian las antiguas leyes (y práctica habia sentada por los Tribunales sobre esto), que las accesiones de las cosas propias de cada cónyuge á él sólo perteneciesen; y como este caso no se encuentra entre los taxativamente marcados por el art. 1396 que comentamos, dudan algunos si hoy es sostenible igual principio; mas nosotros creemos que, racionalmente pensando, no puede mirarse el asunto bajo otro aspecto que el que repetidas veces ha establecido el Tribunal Supremo, pues las accesiones que una cosa experimenta no dejan de ser adquisiciones lucrativas, por lo que están comprendidas en el núm. 2.° de este artículo, y ademas, tales accesiones ceden á las cosas principales; por cuyas razones, al dueño de éstas pertenecerán siempre exclusivamente.

Precedentes encontramos, del primer número, en las leyes 203 del Estilo; 3.ª, tit. 3.°, lib. 3.° del Fuero Real; y 3.ª y 4.ª, tit. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación; del núm. 2, en las leyes 2.ª, tit. 3.°, lib. 3.° del Fuero Real; Pragmática de 1566; y leyes 2.ª y 5.ª, tit. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación; del núm. 3, en la ley 11, tit. 4.°, lib. 3.° del Fuero Real; y en la ley 49.ª, tit. 5.°, Partida 5.ª; y del núm. 4 de este art. 1396, en las leyes 4.ª, 5.ª y 49.ª tit. 5.°, Part. 5.ª; y 11.ª, tit. 4.°, lib. 3.° del Fuero Real.

El Proyecto de 1851, en su art. 1314, propuso un precepto análogo que en relación está con los 1507, 1521 y 1538 de este mismo Código

Concuerda con los arts. 1094 y 1095 del Código de Guatemala, 1912 del del Uruguay, 1727 del de Chile, 1266 al 1268 del de la República Argentina, 2133 al 2139 del de México, 1999 al 2006 del de la Baja California, 2133 al 2139 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

Art. 1397. El que diere ó prometiere capital para el marido, no quedará sujeto á la evicción sino en caso de fraude.

Este artículo dispone lo mismo en el fondo que el 1913 del Código del Uruguay, y está en perfecta relación con el art. 1315 del Proyecto de Código de 1851. Se comprende bien la razón de este artículo, pues la donación ó la promesa es beneficiosa para el donatario, y el beneficiado en contratos ó actos graciosos no puede sujetar al benefactor á la evicción como en un contrato oneroso. Mas si la promesa ó la donación de capital para el marido reconociese un fraude, necesariamente habria de sujetarse á la evicción á quien bajo la hipócrita máscara del beneficio se propuso llevar á efecto fraudulentamente un negocio.

Art. 1398. Los bienes donados ó dejados en testamento á los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote á la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante ó testador; y á falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto por el artículo 637.

No cabe duda que habia de suceder necesariamente lo que en este artículo se previene, puesto que como los bienes comprendidos en el núm. 2.° del artículo 1396, son adquiridos por título lucrativo, por ello corresponden al que los recibe, bien sea efecto de una donación, bien dejados en testamento; mas lo que conjuntamente se dona ó se deja por última voluntad á los cónyuges puede determinarse en la parte que ha de pertenecer á cada uno, en cuyo caso la parte designada á la mujer pertenecerá á ésta como dote, y la designada para el marido será para éste como capital: pero si no hay designación, pertenecerá á cada uno la mitad de lo dejado en testamento ó donado entre vivos, salvo lo dispuesto en el art. 637 de este Código; es decir, que así como de ordinario en las donaciones hechas á varias personas conjuntamente se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiera dispuesto otra cosa, cuando estas cosas recaen en marido y mujer conjuntamente, tendrá lugar siempre ese derecho de acrecer entre ellos si el donante no hubiera dispuesto lo contrario.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tit. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y 1.ª, tit. 3.°, lib. 3.° del Fuero Real.

El Proyecto de 1851, en su art. 1316, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 618, 619, 637, 667 y 765 de este mismo Código.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2701 del de la Luisiana, 1405 del de Francia, 1264 del de la República Argentina, 1914 del del Uruguay, 1732 del de Chile, 2134 y núm. 2.° del 2141 del de México, 2000 y núm. 2.° del 2008 del de la Baja California, 2134 y núm. 2.° del 2141 del de Campeche, 1738 del de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro, y otros; debiendo observar que en los de México, Baja California y Campeche, los bienes que provengan de herencia, legado ó donación hechos á ambos cónyuges sin designación de partes, se consideran como consorciales ó están incluidos entre los que forman el fondo de la sociedad legal, y solo cuando hubiera designación de partes, y éstas fueren desiguales, corresponderá la propiedad de las partes designadas á cada cónyuge, siendo comunes exclusivamente los frutos de la herencia, legado ó donación.

Art. 1399. Si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote ó del capital del esposo donatario el importe de las cargas, siempre que hayan sido soportadas por la sociedad de gananciales.

Grandes discusiones se entablaron sobre la materia, y mucho se ha escrito acerca de esta teoria por diversos tratadistas, por cierto con una confusión lamentable.

Prescindese aqui de las donaciones remuneratorias, por ser consecuente con los preceptos de este mismo Código, en los que se previene que las donaciones onerosas corren parejas en todo con los contratos de igual clase; y que las donaciones remuneratorias se tienen por puras y simples para todos los efectos legales.

De todos modos el asunto es sencillo, como lo son generalmente todos, si se plantean bien. Las donaciones onerosas, como su nombre lo dice, han de ocasionar desembolsos, prestaciones ó cargas á los donatarios, porque de lo contrario dejarian de ser lo que son; esas cargas, esos desembolsos, ese algo que en consideración á la donación tiene que hacerse, lógico es creer que las ha soportado la sociedad, y en tal caso ésta tiene derecho á su equivalente, con cargo necesariamente á la dote de la mujer ó al capital del marido, según sea uno ú otro el donatario, puesto que éstos han de ser los propietarios y justo es que ellos satisfagan las cargas de aquello que por onerosa donación adquieren, ó que consideren rebajado en otro tanto á la equivalencia de la carga el valor ó importe de lo donado; mas esto no puede referirse en manera alguna á las cargas ordinarias y periódicas ó inherentes á la misma cosa donada por razón ó consecuencia de sus frutos, pues tales cargas deberán estimarse compensadas con el aprovechamiento de los espresados frutos.

El Proyecto de 1851, en su art. 1317, propuso un precepto análogo al que

Digitized by Google

de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 618 al 656 y 1327 al 1335 del mismo.

Concuerda con los arts. 1915 del Código del Uruguay, 1265 del de la República Argentina, 1739 del de Veracruz-Llave, 2135 del de México, 2001 del de la Baja California, 2135 del de Campeche, y otros, que vemos son enteramente iguales al que de nuestro Código nos ocupa.

Art. 1400. En el caso de pertenecer á uno de los cónyuges algún crédito pagadero en cierto número de años, ó una pensión vitalicia, se observará lo dispuesto en los artículos 1402 y 1403 para determinar lo que constituye la dote y lo que forma el capital del marido.

De referencias este artículo á los 1402 y 1403, se hallan tan íntimamente relacionados entre sí, que no puede tratarse de los unos sin hacerlo directa ó indirectamente de los otros. Lo mismo que cualquiera de los cónyuges puede llevar al matrimonio bienes inmuebles, muebles, dinero, etc., etc., puede llevar cierto crédito pagadero en un determinado número de años, ó una pensión vitalicia; pues bien, estos créditos siempre deberán conceptuarse como capital, porque así son efectivamente, y los plazos vencidos y cobrados durante el matrimonio jamás podrán considerarse como gananciales, por más que lo sean los réditos que las cantidades de tales créditos cobradas den en lo sucesivo, desde que sean colocadas hasta que la sociedad se extinga. Parecido caso se nos presenta en las pensiones vitalicias, que pertenecen en propiedad á aquel en cuyo favor están constituidas, y como capital propio del pensionista se consideran; pero en este caso, los frutos, pensiones ó intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales, viéndose la razon de la diferencia en la distinta naturaleza de la cosa y en el distinto origen del crédito y de la pensión vitalicia, pues el primero representa siempre y es un capital invertido, y como capital ha de satisfacerse ó ha de realizarse su pago; mientras que la pensión ó el usufructo, representan un derecho á la cosa, una renta ó un interés como el que el crédito dará seguramente, y se destinará á gananciales.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1318, y parece relacionado algún tanto con los arts. 2140 del Código de México, 2007 del de la Baja California y 2140 del de Campeche, aunque no son concordantes.

SECCIÓN TERCERA.

DE LOS BIENES GANANCIALES.

Art. 1401. Son bienes gananciales:

1.° Los adquiridos por título oneroso durante el matrimo-

Digitized by Google

nio á costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

2.° Los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges ó de cualquiera de ellos.

3.° Los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Después de tratar nuestro Código en la anterior sección segunda de este capítulo de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, viene esta sección tercera á ocuparse de los gananciales, determinando en su primer artículo, ó sea en el 1401, en que consisten los bienes gananciales; y claro está que, determinados perfectamente los bienes que pertenecen á cada uno de los cónyuges, que son la base de los gananciales, no ha de costarnos gran trabajo determinar qué bienes son estos, ó sea en qué consisten las ganancias y conquistas habidas por aquéllos; por lo cual, en rigor, todos los siete artículos que componen esta sección quedan resumidos en el último, en el que se expresa que reputarse deben y se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se demuestre que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer; mas la Comisión de Códigos no quiso circunscribirse á dar ese precepto general y vino á dictar los otros seis artículos en que se especifican individualmente los bienes que tienen el carácter de gananciales; y así vemos que en el art. 1401 de este Código, que es el primero que se consigna en la sección que nos ocupa, se expresa que son gananciales: 1.° los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad matrimonial, bien para cada uno solo de los cónyuges; lo cual se presenta tan evidente, que no cabe réplica en contrario, puesto que si la adquisición por título oneroso se hace á costa del caudal común, lógico es suponer que este caudal era ya procedente de una ganancia, y por consiguiente, lo habido con dicha conquista no puede menos de ser ganancial, como lo era el capital ó caudal con que se adquirió, aunque la adquisición se hiciere á nombre de un solo cónyuge, porque lo comprado con tal capital común no podrá jamás figurar á nombre de uno solo de los que forman el consorcio conyugal, pues de admitirse el que á nombre de uno solo figurase, equivaldría á echar por tierra los preceptos consignado en los arts. 1394 y 1334, en los que se previene respectivamente que la renuncia á la sociedad de gananciales, no puede hacerse durante el matrimonio, pues implicaría una donación hecha entre los cónyuges durante el mismo consorcio, que prohibida está también por el citado art. 1334. Por eso la ley 1.ª, tít. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, prevenía que toda cosa que el marido ó la mujer ganaren ó compraren estando de consuno, la hicieren ambos por medio.

Digitized by Google

En cuanto al segundo número del artículo que comentamos, debe observarse que, al conceptuar como bienes gananciales los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges ó de cualquiera de ellos, no se exceptúan de tal consideración los bienes castrenses y cuasi castrenses que fueron objeto de excepción en las leyes recopiladas, sino que, siguiendo el espíritu que informan los Códigos modernos extranjeros, sienta una regla general que concluye con aquellos privilegios.

En cuanto al tercer número, es también de buen sentido que, los frutos rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, bien procedan de bienes comunes, bien de los aportados por cada uno de los cónyuges, sean considerados como gananciales, puesto que derivándose los unos de anteriores conquistas, y siendo los otros parte integrante de lo que para el sostenimiento del matrimonio está destinado, es lógico que lo que dejó de invertirse en las atenciones de la sociedad, se acumule á los bienes consorciales de la misma. Pero téngase bien en cuenta que han de deducirse de verdaderos frutos, rentas ó intereses, ya naturales ya industriales, ya civiles, entre los cuales nunca se encontrará el tesoro que realmente no puede considerarse como verdadero fruto, y que por lo mismo ha de ceder en beneficio del fundo donde se encontró (salvo lo que correspondiere al descubridor por sus derechos legales), cualquiera que fuere la finca en que se hallare.

Precedentes encontramos, hasta cierto punto, en las leyes 7.ª á la 13.ª, y 71, tit. 2.º, lib. 17, del Digesto, y 1.ª á la 5.ª, tit. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1319, propuso un precepto casi idéntico al que nos ocupa.

Concuerda con los arts. 1725 del Código de Chile, 1781 del de Colombia, 212 de Holanda, 1498 del de Francia, 1436 del de Italia, 1498 del de Bélgica, 1154 del de Guatemala, 1916 del del Uruguay, que es casi idéntico al de Chile, 1740 del de Veracruz-Llave igual al nuestro, 1084 del de Vaud, 1576 del Sardo, 2371 del de la Luisiana, 1355 del de Nápoles, 1272 del de la República Argentina, 2141 del de México, 2008 del de la Baja California y 2141 del de Campeche.

Si bien la mayor parte de los Códigos extranjeros citados determinan numéricamente los bienes que como gananciales deben conceptuarse, encontrándose entre éstos los de Veracruz-Llave, Baja California, Chile, Uruguay, Campeche y México, no por esto dejan los demás de expresar de modo bastante claro lo que por gananciales ha de entenderse, pues en todos ellos se comprende, bajo la nomenclatura de gananciales ó comunes y divisibles, las adquisiciones hechas por los cónyuges unidos ó separados, durante la comunidad matrimonial, ya procedan de la industria común, ya de los ahorros hechos sobre los frutos ó sobre las aportaciones de los cónyuges. Y esto que llevar pudiera el convencimiento á todo ánimo sereno é imparcial de que la

Digitized by Google

idea de los gananciales es generalmente admitida como necesaria, se ve corroborado por varias resoluciones dictadas tanto por la Dirección general de los Registros como por el Tribunal Supremo de Justicia entre las cuales no podemos menos de citar siquiera las resoluciones de 21 Febrero y 12 Marzo de 1889, en las que se confirma lo preceptuado en el art. 18 de la ley Hipotecaria, 57 del Reglamento para su ejecución, la Resolución de dicha Dirección de 20 Septiembre de 1884 y el Real Decreto de 25 Octubre de 1875; y las sentencias del citado Tribunal Supremo de 14 Octubre de 1865, 4 Marzo de 1867, 29 Diciembre de 1873, 22 Noviembre de 1888 y 27 Febrero de 1889.

Art. 1402. Siempre que pertenezca á uno de los cónyuges una cantidad ó crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital del marido ó de la mujer, según á quien pertenezca el crédito.

Innecesario era el precepto contenido en este articulo, pues nadie que bien discurra ha de confundir el capital que cada uno de los cónyuges aporta al matrimonio con los frutos de bienes aportados, por más que esos bienes consistan en cantidad ó crédito que hayan de cobrarse á plazos, pues sabido es que cada uno de esos plazos no son mas que una porción de aquel capital que se aporta al consorcio, y que, dividido ó en junto, capital al fin es que jamás podrá confundirse con los frutos ó productos de los bienes de propiedad de cada uno de los cónyuges; todo lo cual está en perfecta relación con lo que previenen los arts. 1396 al 1400 de este mismo Código, en los que se determina cuáles son los bienes propios de cada cónyuge. Mas es indudable también que los productos de estos capitales que á plazos se aportasen al matrimonio, no dejan de ser gananciales, sin que otra cosa deba decirse, pues no habrá de ponerse en duda la verdad y justicia que este precepto entraña, del cual pudiera verse un precedente en lo propuesto por el art. 1321 del Proyecto de Código de 1851.

Concordancias vemos, entre otros Códigos extranjeros, en los arts. 2140 del de México, 2007 del de la Baja California, 2140 del de Campeche y 1741 del de Veracruz-Llave.

Art. 1403. El derecho de usufructo ó de pensión, perteneciente á uno de los cónyuges perpetuamente ó de por vida, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones é intereses devengados durante el matrimonio, serán gananciales.

Se comprende en esta disposición el usufructo que tienen los

Digitized by Google

cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio.

El artículo que acaba de consignarse es una consecuencia del anterior y tiene en si un fondo de justicia tal, que aparece indiscutible, por cuanto los bienes, ó mejor dicho el caudal de una persona, no sólo puede consistir en bienes muebles ó inmuebles ó en dinero, sino en derechos, como el usufructo y la pensión, que dan lugar á percibir una cantidad determinada, ya perpétuamente ó por vida, ya por tiempo determinado; y como el derecho de usufructo y de pensión que pertenece á uno de los cónyuges perpétuamente, no puede equipararse nunca á rentas ó frutos de capitales aportados al matrimonio, ni tienen otro carácter que el de bienes propios del que los aporta sucesivamente, es lógico que no ingresen tales pensiones en el caudal común ó sea en los gananciales, sino que permanezcan siempre como capital propio de aquel que por su derecho los percibe; pero los frutos que dichas pensiones producen son indudablemente del acerbo común, y como tales, tienen el carácter de gananciales que en su dia han de partirse entre los cónyuges.

El último apartado del artículo que comentamos hace extensiva la regla general sentada en su párrafo primero, al usufructo que tienen los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio. Y nosotros creemos que esta extensión es innecesaria, como innecesario era el distingo que proponia el apartado segundo del art. 1322 del Proyecto de 1851 entre las pensiones perpétuas y temporales, por cuanto en nuestro concepto este asunto sólo debe mirarse bajo el aspecto genérico de que todo aquello que cualquiera de los cónyuges lleva al matrimonio como propio, ya consista en cosas materiales ó inmateriales, ya en bienes inmuebles ó en derechos personales, propios son, y como tales, nunca podrán considerarse como gananciales, sino como parte integrante del capital que al consorcio cada uno de los cónyuges aportare, correspondiendo á los gananciales los productos que las pensiones ó derechos referidos diesen de si.

Precedentes encontramos en las leyes 66.ª y 78.ª, tit. 3º., lib. 23, y 57.ª, titulo 3.º, lib. 24 del Digesto, que por su extensión se hacen casi casuisticas y de una sutileza extrema, pero vienen á estar conformes con lo que preceptúa el artículo 1568 del Código de Francia, en el que se determina que si se hubiere constituido en dote un usufructo, el marido ó sus herederos no estarán obligados á la disolución del matrimonio mas que á restituir el derecho de usufructo, y no los frutos percibidos durante el matrimonio.

Análogos preceptos encontramos en el art. 1560 del Código Sardo, en el 222 del de Holanda, en el 1381 del de Nápoles, en el 1568 del de Bélgica, 1436 del de Italia, 1272 del de la República Argentina, núm. 4 del art. 1916 del del Uruguay, párrafo 2.º del art. 1275 del de Chile, el 2134 en relación con el núm. 7

Digitized by Google

del 2141 del Código de México; 2000 en relación con el n.° 7.° del 2008 del de la Baja California, 2134 en relación con el 2141 del de Campeche y 1742 del de Veracruz-Llave, que en su texto es casi igual al nuestro.

Art. 1401. Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad ó por la industria del marido ó de la mujer, son gananciales.

Lo serán también los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quién pertenezca.

Dudas se suscitaron antes de la publicación de este Código acerca de si las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges cedian en beneficio del inmueble en que se verificaban y con el cual forman un solo todo, en virtud del principio de que lo accesorio cede á lo principal, ó si por el contrario, esas mejoras tenían el carácter de gananciales como prescribieron las leyes 3.ª y 9.ª del tit. 4.°, lib. 3.° del Fuero Real, refiriéndose á las fincas rústicas, y la ley 2.ª del mismo título y libro con relación á las fincas urbanas; y aunque los comentaristas debatieron extensamente tal cuestión, por más que su autoridad era grande, no poniéndose de acuerdo, quedaron en pie aquellas dificultades suscitadas; dificultades que se han venido á decidir por el artículo que de nuestro Código al presente comentamos, sentando el precepto de que las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges con anticipos de la sociedad ó por la industria del marido ó de la mujer son gananciales, y que lo son también los edificios construidos durante el matrimonio en el suelo propio de uno de los cónyuges con el abono correspondiente del valor del suelo á su dueño.

De modo que desde hoy ya no ha de ser dudoso ni ha de atenderse á las controversias entabladas entre Febrero, Sala y Molina, principalmente acerca de si el dueño de la finca mejorada podia quedársela pagando la mitad del coste de dichas mejoras, pues tales dudas y tales cuestiones cortadas quedan con el precepto que nos ocupa.

El Proyecto de 1851, en su art. 1325, propuso un precepto análogo al que al presente comentamos, y es idéntico al art. 1325 del de 1882, que en relación contraria está con el art. 361 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1101 al 1103 del de Guatemala, 2143 del de México, párrafo penúltimo del art. 1916 del Código del Uruguay, núm. 3.° del art. 1727 del de Chile, 2010 del de la Baja California, 2143 del de Campeche y 1747 del de Veracruz-Llave.

Digitized by Google

Obsérvase que ninguno de los Códigos modernos trata del caso en que en fincas propias de uno de los cónyuges se hacen mejoras con dinero propio exclusivamente de aquel á quien corresponde la finca mejorada; y, aunque no será lo común esto, porque, dada la sociedad legal establecida, lo ordinario es que entre en poder del marido, como gerente de aquel consorcio, todo lo que al consorcio se aporte, puede suceder muy bien que asi como al matrimonio concurren con bienes inmuebles, muebles y semovientes los cónyuges, lleven también dinero, que el mismo marido, con una delicadeza y dignidad extremas, dedique al mejoramiento de una finca de su mujer metálico propio de ésta, y en tal caso esas mejoras serán, en nuestro concepto, exclusivamente de la mujer, ó viceversa, según de quien proceda el dinero y la finca mejorada, aunque los frutos y rentas de dicha finca con los de sus mejoras sean de gananciales.

Art. 1405. Siempre que la dote ó el capital de la propiedad del marido estén constituídos, en todo ó en parte, por ganados que existan al disolverse la sociedad, se reputaran gananciales las cabezas de ganado que excedan de las que fueron aportadas al matrimonio.

Es de buen sentido el precepto que transcrito queda, puesto que si respecto de la dote, de las demás aportaciones matrimoniales y de los gananciales se han de observar las mismas reglas que en el usufructo, cuanto exceda del capital aportado como dote se ha de conceptuar gananciales, y por lo tanto, si teniendo en cuenta las renovaciones esencialmente necesarias en un ganado para que subsista y sea fructífero, reponiendo las reses perecidas por otras jóvenes en buenas condiciones de trabajo y de reproducción, queda un remanente de aquella especie, todo lo que exceda del número de cabezas aportadas como dote será ganancial.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1326, el de 1882 en su art. 1326, proponian preceptos análogos, y en relación está con el núm. 3.° del art. 1401 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1104 del Código de Guatemala, 1924 del del Uruguay, 1748 del de Veracruz-Llave, casi igual al nuestro, 2144 del de México, 2011 del de la Baja California y 2144 del de Campeche, idénticos en la esencia al nuestro todos ellos y basados en los mismos principios.

Art. 1406. Las ganancias obtenidas por el marido ó la mujer en el juego, ó las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán á la sociedad de gananciales, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el Código penal.

Digitized by Google

Nunca nuestras leyes habian contenido un precepto tan expreso y terminante como el que acabamos de consignar, acerca de si los bienes procedentes del juego ó de otra causa torpe, que no sean restituibles, habían de considerarse ó no como gananciales. Nuestro Código, en el art. 1406 que al presente comentamos, determina que son gananciales, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el Código penal. Y como el hoy vigente en sus arts. 358 al 360 conculcan el juego como un delito y señala con acierto el correspondiente castigo en que incurren los jugadores, imponiendo arresto mayor en su grado mínimo ó en sus grados mínimo y medio y multa de 125 pesetas á 1250, según los casos, ordenando el comiso de los efectos y dinero del juego, parece antagónico y hasta inmoral que lo procedente de torpe causa, tan torpe como la del juego, vaya á incluirse entre lo que tan elevadas miras indica, y tanta moralidad envuelve como los gananciales que mejoran legal y honradamente la situación de la familia. Además hay otra razón de consecuencia, por si no fuera suficiente, la moral tan someramente indicada; de los delitos no puede hacerse solidariamente responsable la familia; la responsabilidad es personal, y siendo así, lógico es que, si la sociedad no estuviera obligada á desautorizar la legalización de lo torpe y punible, los productos de aquel delito no deben ni pueden ser de aquellos que ninguna responsabilidad contraen con su perpetración. De sostener que los bienes procedentes del juego son gananciales, habria que tolerar lo fuesen igualmente los procedentes de la prostitución, del robo, del hurto y de la estafa, y si aun antes de dictarse este precepto, se daban casos, demasiado frecuentes por desgracia, en que familias aparentemente decentes y hasta simuladamente religiosas, se introducian entre las familias honradas y de corazón noble, para estafarlas, grangeándose su voluntad y vituperándolas después con sus hipócritas miserias, lanzando quejas contra el instrumento que entre ellos habia elegido para simular un mal negocio y llenar de caudales agenos su caja, hoy que se las dá la consideración de gananciales, hoy que se legisla ante el derecho civil lo que solo por el penal debe perseguirse y castigarse enérgicamente sin una mal entendida piedad que solo tiende al encubrimiento, esas estafas, esos agios, esos delitos, serán mas frecuentes, porque sobre la impunidad que les proporcionaban las buenas almas (como los estafadores llaman á los que les ayudan en sus negocios), con su protección y una piedad que solo á la complicidad puede compararse, tiene la legalización de los actos criminales. Por eso creemos inmoral, antilógico, antilegal el artículo 1406 de este Código civil. Este artículo mancha el Código y alienta á las familias á la comisión de los delitos, de los que el legislador no debe ocuparse mas que para perseguirlos.

Y no se diga, no, que hay precedentes en varias leyes del tit. 2.°, lib. 17 del Digesto (entre ellas la 57), pues tales disposiciones lo primero que hacian era conculcar esos hechos criminales, negar toda sociedad sobre tales hechos, *re-*

Digitized by Google

rum inhonestarum nulla est societas, pues evidente es que no puede haber sociedad sobre cosa torpe; y si no se deben admitir sociedades sobre tan abominables bases sentadas, menos podrán admitirse sus conquistas, las ganancias procedentes del delito: y si es nulo todo lo contrario á las leyes y á las buenas costumbres, no puede ser válida ninguna ganancia torpe, mejor dicho, la ganancia torpe no es verdadera ganancia, es una estafa ó un robo las más veces, siempre una inmoralidad.

Pero es más: se trata en este artículo de ganancias torpes que no sean restituibles. ¿Y qué ganancias torpes son esas que ante la moral y el derecho no deban ser restituidas? Por ese camino se va á la disolución social. Si el que se apodera de lo ajeno sin ó contra la voluntad de su dueño no tiene la obligación de restituirlo, la propiedad desaparece ante tamaño absurdo, y la protección á los estafadores y á los ladrones se encomia ante tan utópicos y deleznables principios.

Los Proyectos de 1851 y de 1882, en sus respectivos arts. 1327 y 1327, proponían preceptos análogos.

Concordancias no encontramos en los Códigos modernos, por más que algunos publicistas se obstinen en presentar como tales las prescripciones de los arts. 1730 y 1731 del Código de Chile y 2147 del de México, que sólo tratan de los tesoros y de las minas; y aún el apartado 3.° del art. 1272 del Código de la República Argentina, que es el que más se parece al que comentamos, se refiere sólo á los productos de hechos fortuitos, legalmente admitidos.

De manera que el silencio que sobre este particular guardan los Códigos de los pueblos más civilizados, demuestra evidentemente que no consideran tal asunto dentro del pudor y del respeto con que debe mirarse la santidad del matrimonio, dentro de la dignificación que el legislador debe imponer en toda familia, para que siendo digna y correcta la base fundamental de la sociedad, ésta y el Estado se eleven á las esferas de lo digno y de lo culto, de modo que inspiren respeto y confianza á los demás.

Art. 1407. Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer.

Ya lo hemos dicho al comenzar los comentarios á esta sección tercera, el primero y último artículo de la misma son la base, la esencia y la verdadera regla de conducta que ha de tenerse en cuenta al tratar de gananciales. Todos los bienes del matrimonio se reputan gananciales, mientras no se demuestre que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer. No puede decirse más ni con mayor claridad en menos palabras. Establécese así una presunción le-

Digitized by Google

gal por la que se conceptúan como gananciales todos los bienes matrimoniales, mientras no se justifique lo contrario. Y este precepto es imperecedero, es santo, es moral, es cristiano, es lógico, es natural y una consecuencia lógica de las bases bajo que debe sentarse la familia, una consecuencia de los principios sentados en el art. 1315 de este mismo Código. Este precepto es laudable bajo todos conceptos, y tan digno de encomio, como reprochable es el art. 1406 que le antecede.

En el art. 1407, que comentamos, se refleja esa hermosa y santa unidad de la familia, esa igualdad conyugal adorable y relativa á lo que en si sienta la naturaleza, esa libertad de la propiedad y de las conciencias, que atrae y aduna las ideas que pudieran parecer más antitéticas.

La sublimidad de pensamientos que se traducen del precepto que nos ocupa, los benéficos resultados de su fiel observancia, le dan un valor inconmensurable, una perpetuidad eterna. Y luego, como está conforme con la razón humana, como no hiere sentimiento alguno moral, religioso, ni jurídico, todo el mundo lo entiende, todo el mundo lo adopta, todo el mundo lo acoge con fruición, como acogen los náufragos la tabla salvadora de su vida, y la regeneración es acogida por espíritus que, confundidos en la oscuridad de lo anómalo y lo incorrecto, buscan el puro ambiente y la clara luz de la razón. Y no sólo entienden todos la letra y el espíritu de este precepto, sino las consecuencias del mismo que han de robustecer las debilitadas arterias de la familia, han de convertir la linfática y decadente escrófula de esa base social en vigorosa sangre arterial, que aprovechando la venosa sangre y oxigenándola con sus corrientes puras de amor y de razonable igualdad, han de hacerla fuerte sostén de los pueblos.

Precedentes encontramos en la ley 4.ª, tít. 4.º, lib. 10 de la Nov. Recop., tomada de la ley 203 del Estilo, aunque mejorada en nuestro Código se halla con su tecnicismo, sencillez y clara expresión.

En el art. 1328 de uno y otro Proyecto de 1851 y 1882, proponíase precepto idéntico al que comentamos, que en armonía está con los arts. 1250 y 1251 de este mismo Código relativos á las presunciones legales.

Y cuando los preceptos son buenos, y derivativos son de la ley natural, se ven en la conciencia de todos los pueblos por eso concuerda con los arts. 1402 del Código de Francia, perfectamente relacionado con su art. 1499; 220 del de Holanda, 1402 de de Bélgica, 1088 del de Vaud, 1749 del de Veracruz-Llave, que es idéntico al nuestro; 1271 del de la República Argentina, también esencialmente igual al nuestro; 1391 del de Nápoles, 2374 del de la Luisiana, 1925 del del Uruguay, 1154 del de Guatemala y no 1165 como supone algún publicista (que pudiera llamársele el de las citas inexactas); 1725 y 1726 el de Chile, 2152 del de México, 2019 del de la Baja California, 2152 del de Campeche y otros; habiéndose sentado ya análoga doctrina en las sentencias dictadas por el Tri-

Digitized by Google

bunal Supremo de Justicia en 27 Septiembre de 1858, 7 Enero de 1882, 27 Octubre de 1883 y 30 Abril de 1888.

SECCIÓN CUARTA.

DE LAS CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Art. 1408. Serán de cargo de la sociedad de gananciales:

1.° Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar á la sociedad.

2.° Los atrasos ó réditos devengados, durante el matrimonio, de las obligaciones á que estuviesen afectos así los bienes propios de los cónyuges como los gananciales.

3.° Las reparaciones menores ó de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido ó de la mujer. Las reparaciones mayores no serán de cargo de la sociedad.

4.° Las reparaciones mayores ó menores de los bienes gananciales.

5.° El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges.

De cualquier modo que la sociedad conyugal se haya constituido, ya por pactos entre los contrayentes, ya con arreglo á la presunción legal establecida en el apartado último del art. 1315 de este Código, es indudable que las necesidades comunes de la familia son cargas naturales del consorcio matrimonial; y por ello, toda deuda contraida para la satisfacción de esas necesidades, es una deuda que gravita sobre el caudal de gananciales, ya la contraiga el marido como gerente legal de aquella especialísima razón social ó como jefe de la familia, ya las contraiga la mujer cuando por la ley representa á la familia; de aqui viene el precepto consignado en el primer número del art. 1408 que comentamos.

El núm. 1.° del mencionado artículo señala como deudas ú obligaciones propias de la sociedad conyugal, las que á nombre de la misma se contraigan por el marido ó por la mujer cuando la representa legalmente; designa en el núm. 2.° como cargas, los atrasos ó réditos devengados durante el matrimonio,

Digitized by Google

afectos á los bienes de los cónyuges y á los de la sociedad; incluye en el número 3.° las reparaciones menores ó de mera conservación de los mismos bienes; entraña en el núm. 4.° las reparaciones mayores ó menores de los bienes gananciales; y comprende en el núm. 5.° las obligaciones contraidas para el sostenimiento de la familia y educación de los hijos comunes y de los legítimos propios de cada uno de los cónyuges; sin que sea fácil que en pueblos como el francés, el portugués, el belgà y algunos otros Estados que giran bajo sistemas distintos con relación á los bienes matrimoniales, en que no se admite la asociación legal de los cónyuges, en que no se conoce más sociedad conyugal que la establecida por éstos en sus pactos y convenciones estipulados previamente à la celebración del matrimonio, para entrar en lo que ellos llaman generalmente comunidad de bienes, no se encuentran verdaderos concordantes, y se concretan á expresar que ha de regirse por las prescripciones de los contratos que celebren.

Nuestro Código apenas introduce modificación alguna en lo relativo á cargas matrimoniales, pues la legislación antigua y la jurisprudencias de los Tribunales, sobre ser en extremo completas en esta materia, venian preparando la redacción de este artículo, y la ley positiva, hoy vigente, nada nuevo ha tenido que determinar, pues solo aceptando lo por aquellas resuelto, ha llenado perfectamento el objeto de esta sección con ligerísimas variantes, ó mejor dicho aclaraciones, respecto á los atrasos ó réditos devengados durante el matrimonio por las obligaciones á que estén afectos tanto los bienes propios de los cónyuges como los de la sociedad, que deben pagarse de los gananciales. Tampoco estaban antes consideradas como carga de los gananciales las reparaciones menores ó de mera conservación de las cosas propias de cualquiera de los cónyuges hechas durante el consorcio; sin que quede ya duda alguna, respecto de la educación y alimentos, acerca de los hijos á que se refiere el núm. 5.° de este art. 1408, pues ya hoy se determina claramente que no se extiende más allá de los hijos legítimos comunes, y de los legítimos propios de cada cónyuge: no hay pues que entablar discusiones acerca de si en tal carga se comprendia la alimentación y educación de los hijos naturales reconocidos por uno de los consortes y cuya existencia conocida era de su cónyuge.

No puede haber gananciales sino después de cubiertas las cargas y obligaciones del matrimonio; y de notoria equidad y justicia son las consignadas en el artículo que nos ocupa.

Precedentes encontramos en las leyes 14, tit. 20, lib. 3.° del Fuero Real; 60, de Toro, ó sea las 4.ª y 9.ª, tit. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851 en su art. 1329, como el de 1882 en sus arts. 1329 al 1332, proponian preceptos análogos; y en relación está el precepto que comentamos con los arts. 61 y 1411 de este mismo Código y los arts. 6.°, 7.°, 9.°, 10.°, y 12°. del Código de Comercio.

Digitized by Google

Concuerda hasta cierto punto, si bien se refiere á la comunión allí establecida, con los arts. 1409 del Código de Francia, 1926 del del Uruguay, 1409 del de Bélgica, 1740 del de Chile, 1275 del de la República Argentina, 1750 el de Veracruz-Llave que es igual al nuestro, 2174 al 2179 del de México, 2041 al 2046 del de la Baja California, 2174 al 2179 del de Campeche y otros.

Art. 1409. Será también de cargo de la sociedad de gananciales el importe de lo donado ó prometido á los hijos comunes por el marido, solamente para su colocación ó carrera, ó por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno uno de ellos, en todo ó en parte.

Esto es una consecuencia de la obligación que los padres tienen de dotar á sus hijas, y de las donaciones y promesas que se hacen con motivo del matrimonio; pues en primer término ha de satisfacerse lo que se dé ó prometa con tal carácter de los gananciales, ya lo prometan ó lo den el marido ó ambos cónyuges á los hijos comunes, pues ya la ley Recopilada tomada de la de Toro, prescribia: *Si el marido promete la dote, ó donación propter nuptias, págase de las ganancias; si éstas no bastan, pague el marido lo que falte. Si prometen marido y mujer, y no alcanzan las ganancias, páguenlo por mitad de sus otros bienes personales.* Pero si hubieran pactado otra cosa, se estará á lo pactado; pues en todo derecho la disposición especial deroga siempre á la general; y disposición especial en la contratación el convenio lícito habido entre las partes.

Precedentes encontramos en la ley 55 de Toro, ó sea en la 4.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 80 de *regulis juris*.

El Proyecto de 1851, en su art. 1330, proponia un precepto análogo, y en relación está con los arts. 1012, 1043 y 1046 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1740 y 1744 del Código de Chile, núm. 5 del 1796 y 1800 del de Colombia, núm. 6 del art. 1926 del de Uruguay, 2178 del de México, 2045 del de la Baja California, 2178 del de Campeche, y 1751 del de Veracruz-Llave, siendo estos cuatro idénticos al nuestro.

Art. 1410. El pago de las deudas contraidas por el marido ó la mujer antes del matrimonio no estará á cargo de la Sociedad de gananciales.

Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren.

Sin embargo, el pago de las deudas contraidas por el mari-

Digitized by Google

do ó la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1408, si el cónyugedeudor no tuviese capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados.

Es muy justo que las deudas contraidas por cualquiera de los cónyuges antes de haberse efectuado el matrimonio, no sean de cuenta y cargo de la sociedad de gananciales, como no deben serlo las multas ó condenas que se les impusieran porque son cargas personalísimas. Pero el pago de dichas deudas y condenas, podrá repetirse contra los gananciales, después de cubiertas las cargas á que se refiere el art. 1408 de este Código, es decir, cuando son verdaderos gananciales líquidos ó repartibles á cada cónyuge, porque desde el momento en que se conoce la cantidad que de los mismos á cada consorte corresponde, ya son bienes propios los de su participación, con los cuales justo es respondan de sus propias y personalísimas cargas así civiles como penales.

Esto es lógico y no puede dudarse. Ponerlo en tela de juicio, sería sostener conceptos utópicos, y bien mereceria una condena de costas quien contra el precepto de este artículo litigase.

Precedentes encontramos en las leyes 52, párrafo 18, tit. 2.° del lib. 17 del Digesto; 14, tit. 20, lib. 3.° del Fuero Real; 7.ª y 13.ª, tit. 10, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1331, proponia preceptos análogos, y en relación está con los arts. 1366 núm. 3, y 1377 núm. 3 de este mismo Código.

Más que concordancias vemos alguna analogía con el precepto que nos ocupa, en los arts. 1401 y 1409 del Código de Francia, en los que tratándose del activo de la comunidad, preceptúa el primero, que se compone el activo de dicha comunidad: 1.° De todo el mobiliario que los esposos posean el dia de la celebración del matrimonio y cuanto adquieran durante el mismo, á título de donación y sucesión si el donante no expresó el contrario. 2.° De todos los frutos, rentas, intereses, etc., etc.; y 3.° De todos los inmuebles que adquieren durante el mismo; señalando en el segundo, ó sea en el art. 1409, lo que forma el pasivo de dicha comunidad; y ocupánse de la comunidad reducida á los gananciales los arts. 1498 y 1499 del mismo Código francés.

Idénticas analogías se ven en los arts. 1401, 1409, 1498 y 1499 del Código de Bélgica, 1372 del de la Luisiana, 384 al 390 del de Prusia, 218 del de Holanda, 1750 del de Chile, 1806 del de Colombia; siendo verdaderos concordantes los artículos 1927 del del Uruguay, 1752 al 1754 del de Veracruz-Llave, cada uno de cuyos tres artículos corresponden á los respectivos apartados del nuestro; 2169 y 2170 del de México, 2036 y 2037 del de la Baja California y 2169 y 2170 del de Campeche.

Digitized by Google

Art. 1411. Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, no disminuirá su parte respectiva de los gananciales.

Lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en juego lícito será cargo de la sociedad de gananciales.

Dos preceptos contiene este artículo de los cuales debemos ocuparnos muy ligeramente, puesto que ya al comentar el art. 1406, con el que tanta relación tiene, hemos rechazado por inmoral y atentatorio á las buenas costumbres su contenido, como rechazamos el del presente, por más que, admitido aquel en nuestro Código, no puede menos de admitirse este como su consecuencia natural y lógica.

Aparte de que el precepto que nos ocupa parece viene á legalizar y hasta autorizar lo que prohibido está por la ley penal, debemos exponer que según el texto literal de dicho artículo, su primer apartado trata de lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, prescribiendo que esto no disminuirá en manera alguna su parte respectiva de gananciales. Pues bien, atendiendo sólo á lo que está escrito, no vemos que se signifique aquí siquiera si el pago de lo perdido se ha hecho con caudal propio del cónyuge que lo efectuó ó con bienes de la sociedad de gananciales, y si siendo el marido el administrador de éstos, pudo disponer de ellos para efectuar dicho pago, sería injusto por demás que no disminuyera su parte proporcional de gananciales, pues no disminuyendo ésta se perjudica al otro consorte, haciéndole responsable de una pérdida sufrida por causa torpe.

El segundo apartado de este mismo artículo viene á determinar que lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en juego lícito, será cargo de la sociedad de gananciales. Y esto, dentro de la torpeza que el juego puede encerrar, corresponde perfectamente á lo preceptuado en el art. 1406 de este mismo Código, porque, si según dicho precepto, las ganancias obtenidas por el juego han de redundar en beneficio de la sociedad conyugal, teniendo en cuenta aquel principio de que quien está á lo bueno debe estar á lo malo, parece perfectamente justo y equitativo que á la sociedad que se la autoriza para ganar con el juego, se le obligue á pagar lo por el juego perdido.

Como precedentes señalan algunos la ley 59, párrafo 1.°, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto; y nosotros sin embargo lo encontramos diametralmente opuesto, toda vez que en dicha disposición legal se previene que lo que malgastase el compañero en juego ó adulterio, no se ha de sacar del caudal común; y si el socio recibiese algún daño por nuestro dolo, lo repetirá de nosotros. De manera que, por este precepto se ve que los perjuicios debidos á causa torpe deben gravitar únicamente sobre el que los ocasionó, y que allí donde estaban confundidos los

Digitized by Google

disposiciones penales con las civiles, por no haber llegado la cultura del derecho á la conveniente separación de lo que como muy distinto debe mirarse, se iniciaba ya la pena para el que cometia el daño.

El Proyecto de 1851, en su art. 1332, propuso también dos preceptos: el primero de ellos igual al primer apartado del articulo que de nuestro Código comentamos; y el segundo determinando que lo perdido en juego licito por el marido y no satisfecho, es cargo de la sociedad legal; lo cual se impuso sin duda porque el art. 1701 de aquel Proyecto imponía la obligación de pagarlo, y porque el marido podia obligarse y obligar los gananciales en lo que la ley le permitia, mientras que la mujer no podia efectuarlo sin licencia marital.

De todos modos hay que notar que los Códigos extranjeros no se han atrevido á entrar en este terreno tan deleznable, y por ello no se encuentran concordantes ni de este articulo ni del 1406 antes indicado.

SECCIÓN QUINTA.

DE LA ADMITISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Art. 1412. El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el art. 59.

Nada hay que decir sobre este particular, pues ya se indicó repetidas veces en comentarios anteriores que la administración de los bienes de la sociedad legal corresponde al marido, quien puede también enajenarlos con las condiciones de la ley; y ya en el art. 59 de este mismo Código se viene preceptuando esto mismo, si bien se dice que el marido será el administrador de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario; y los fueros de Aragón conceden dicha administración á la mujer en ausencia del marido que no dejó procurador.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, tit. 4.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, y el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1333, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1421 del Código de Francia en su primer apartado, 1578 del Sardo, 1438 del de Italia, 179 del de Holanda en su apartado 1.º, 2373 del de la Luisiana, 1396 del de Nápoles, 1421 del de Belgica en su apartado 1.º, 1931 del del Uruguay, 1749 del de Chile, 1756 del de Veracruz-Llave, 1276 del de la República Argentina, 1452 del de Bolivia, 1104 y 1117 del de Portugal, 1238 del de Austria, 1063 del de Vaud, 2164 del de México, 2031 del de la Baja California y 2161 del de Campeche; preceptuándose en estos tres últimos, de un modo

Digitized by Google

indirecto, que la administración de los bienes matrimoniales corresponde al marido, puesto que en dichos artículos se previene que la mujer solo puede administrar por consentimiento del marido, ó en ausencia ó por impedimento de éste; mientras que el de Veracruz-Llave determina, que el marido administra exclusivamente la sociedad legal; el del Uruguay prescribe que el marido es el jefe y único administrador de la sociedad legal; los de Francia, Bélgica y Holanda expresan que el marido es el único administrador de los bienes de la comunidad; el de Portugal no solo determina que la administración de todos los bienes, sin exceptuar los propios de la mujer, pertenece al marido, en la última parte del primer periodo del art. 1117, sino que en el párrafo único, apartado último del mencionado artículo se preceptúa que la mujer solo puede administrar con el consentimiento del marido, ó durante su ausencia ó incapacidad; y en el art. 1104 de dicho Código se previene que la mujer no puede privar al marido, en pacto pro-nupcias, de la administración de los bienes del peculio matrimonial, aunque puede reservarse á título de alfileres una parte de sus rendimientos líquidos que no exceda del tercio de ellos, de la que dispondrá libremente.

El Código argentino ordena que el marido será el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, exceptuando algunos casos en que la administración se da á la mujer.

El Código de Chile prescribe que el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer con sujeción á las disposiciones de dicho Código.

El de Italia preceptúa que solo el marido podrá administrar los bienes de la comunidad y comparecer en juicio para ejercitar las acciones relacionadas con la misma; pero no podrá, á no ser á título oneroso, enajenar ó hipotecar los bienes cuya propiedad corresponda á la comunidad.

Art. 1413. Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar á título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer.

Sin embargo, toda enajenación ó convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención á éste Código ó en fraude la mujer, no perjudicará á ésta ni á sus herederos.

Precisamente este artículo preceptúa, en cuanto á la enajenación, lo mismo que lo prevenido en el Código de Italia, cuyo precepto acaba de consignarse en el comentario anterior, aunque su redacción esté concebida en términos negativos; y todos los Códigos anteriormente citados contienen preceptos análogos.

Digitized by Google

La facultad que el marido tiene de enajenar, aún sin consentimiento de la mujer, está justificada por la dirección que de los negocios de la familia se le encomienda y por la responsabilidad que en todos los asuntos familiares le alcanza; y como esas enajenaciones se efectuan á título oneroso, es decir, en cambio del equivalente que por la cosa enajenada se recibe, cuya equivalencia se presume ha de redundar en beneficio de la sociedad, de aquí el que esa facultad que el artículo que comentamos concede al marido, sea consecuencia de la autoridad y gerencia que en la familia y para los asuntos de la misma tiene, y de la obligación en que se constituye de procurar por el desarrollo y engrandecimiento de los bienes familiares atrayendo en su provecho cuanto lícitamente le sea dable.

Además, aún cuando el marido por esa facultad de que trata el primer apartado de este artículo quisiera abusar de sus condiciones especiales y perjudicara á la mujer, el apartado segundo de este mismo artículo viene á garantir sus derechos, poniendo una limitación á las facultades del marido, puesto que toda enajenación ó convenio que éste hiciere sobre dichos bienes contraviniendo los preceptos legales ó en fraude de la mujer, no perjudicarán á ésta ni á sus herederos; cuya disposición se ha calcado al final de este artículo reproduciendo la ley de las Cortes de Santa María de Nieva de 28 Octubre de 1475, en que se dictó un precepto idéntico. Pero es más, si se relaciona armónicamente el artículo que estamos comentando con el primer apartado del art. 4.° de este mismo Código, se verá cuán difícil es que el marido pueda defraudar á la mujer en el ejercicio de su cargo de administrador, puesto que según aquel precepto son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, y no hay ley alguna que autorice directa ó indirectamente las enajenaciones en fraude de la mujer.

El Proyecto de 1851, en su art. 1334, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1421 del Código de Francia, apartado segundo; última parte del art. 1438 del de Italia; apartado segundo del 1421 del de Bélgica; párrafo 2.° del art. 179 del de Holanda, 1277 del de la República Argentina, 1119 del de Portugal; 2157, 2158 y 2163 del de México; 2024, 2025 y 2030 del de la Baja California; 2157, 2158 y 2163 del de Campeche, 1932 del del Uruguay; segundo apartado del art. 2373 del de la Luisiana, 1452 del de Bolivia, 1807 del de Colombia, 1238 del de Austria, 1578 del Sardo y 1063 del de Vaud.

Art. 1414. El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales.

El precepto que acaba de consignarse casi era innecesario después de lo que se previene en el anterior, puesto que, si solo por título oneroso puede enajenar y obligar los gananciales el marido, evidente es que el testamento no

Digitized by Google

pueda estar comprendido entre los actos á que está facultado por el precedente artículo, puesto que el testamento es título gratuito y no envuelve en sí la recompensa ó equivalencia que lleva consigo toda enajenación á título oneroso. Por lo tanto no puede presumirse que del acto de testar venga provecho ni beneficio alguno á la sociedad de gananciales, y por ello no puede menos de prohibirse tal modo de disponer de la totalidad de esos bienes, sino de la mitad de los mismos que son los que únicamente le pertenecen; y esto se comprende perfectamente sin más que recordar el contenido de los arts. 659 y 667 de este mismo Código.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, tit. 4.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación; y el Proyecto de 1851 proponía un precepto análogo en su artículo 1335.

Concuerda con los arts. 1423 del Código de Francia, 1118 del de Portugal, 1423 del de Bélgica, 2162 del de México, 1934 del del Uruguay, 1758 del de Veracruz-Llave, 2029 del de la Baja California y 2162 del de Campeche.

Art. 1415. El marido podrá disponer de los bienes de la sociedad de gananciales para los fines expresados en el art. 1409.

También podrá hacer donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia, pero sin reservarse el usufructo.

Controversias mil se suscitaron entre los publicistas acerca de si el marido podía hacer donaciones de los bienes gananciales, reconociéndole unos esa facultad, y negándosela otros en absoluto. Pero el eclecticismo introdujo su influencia conciliadora, y predominó al fin; venciendo en los Proyectos de Código, é imperando en el ánimo de la Comisión de Códigos, hasta el extremo de imprimir su sello en el apartado último del art. 1415 que comentamos. Hoy ya no habrá más disensiones sobre esto, ó si las hay, serán inútiles y temerarias después de tan claro como terminante precepto en que se faculta al marido para hacer donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia, con tal que al efectuarlas no se reserve el usufructo de las mismas, porque naturalmente esas reservas de usufructo sobre los bienes donados le beneficiarían y podría envolver un verdadero negocio en perjuicio de su mujer, mientras que prohibiéndole tal usufructo, sufre con la donación igual perjuicio que su consorte, y por eso ha de ser más parco en hacerlas.

Dice dicho precepto que las donaciones que se confían al marido han de ser para objetos de piedad ó beneficencia; y bajo estos conceptos creemos que lo mismo debe entenderse la pública que la privada, y las remuneraciones de servicios ó favores prestados, pues éstos redundan en beneficio de la sociedad, y justo es que la sociedad los recompense.

Digitized by Google

Hemos empezado intencionalmente á tratar en primer término del apartado segundo de este artículo, por que es el único sobre que anteriormente se ofrecieron dudas cuando no era ley positiva, pues ésta tomada está de hechos reales y positivos cuya decisión era necesario fijar, y por ello la razón del precepto.

En cuanto al primer apartado nada puede objetarse, pues es de buen sentido y reconocido está por todos lo que el art. 1409 previene; por consiguiente, si es de cargo de la sociedad de gananciales el importe de lo donado ó prometido á los hijos comunes del consorcio por el marido solamente para su colocación ó carrera, el primer apartado del art. 1445 que comentamos no es más que la confirmación de la primera parte del citado art. 1409 del mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1336, propuso preceptos análogos, y alguna relación tiene con los arts. 59, 61 y 62 del mismo Código.

Concuerda con los arts. 1422 del Código de Francia; apartado tercero del 179 del de Holanda, 1277 del de la República Argentina en su última parte, 1933 del del Uruguay, 1759 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1416. La mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido.

Se exceptuan de esta regla los casos previstos en el art. 1362 y en los arts. 1441 y 1442.

Si la mujer casada no puede obligarse ni disponer de sus propios bienes por enajenación, según lo prevenido en los arts. 1387, 61 y 62 de este mismo Código, evidente es que menos podrá obligar ni enajenar los bienes gananciales sin consentimiento del marido, que es otro coparticipe de los mismos, y está revestido del carácter de gerente y administrador de todos los matrimoniales. Por esto nada hay que decir respecto de la regla sentada en el primer apartado de este art. 1416 que comentamos, pues no es mas que la confirmación de aquellos preceptos citados, de los cuales significamos su razón de ser. Sin embargo, no están en el mismo caso unos y otros bienes, porque mientras la mujer con el consentimiento del marido puede enajenar los gananciales, los dotales y demás bienes de su exclusiva propiedad, sólo puede enajenarlos con los mismos requisitos del consentimiento ó licencia marital, pero en los casos que la ley determina y con las garantías del art. 1361 de este mismo Código, al efecto de que no quede indotada.

El segundo apartado de este art. 1416 sienta las excepciones á la regla general anteriormente sustentada, facultando á la mujer para enajenar los gananciales, para responder de los gastos diarios usuales de la casa ó de la familia causados con la tolerancia del marido, siempre que la administración le haya sido conferida por incapacidad de su marido, del que sea tutora, por

Digitized by Google

ausencia y en los demás casos á que se refieren los arts. 1382, 1441, 1442 y 1444, con sus concordantes.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1338, proponia preceptos análogos; y no deja de tener relación con los arts. 11 y 12 del Código de Comercio, siendo idéntico esencialmente al art. 49 de la ley de Matrimonio Civil.

Concordancias vemos en los arts. 1427 del Código de Francia, 1761 del de Veracruz-Llave, 1427 del de Bélgica, 1937 del del Uruguay, 2165 y 2166 del de México, 2032 y 2033 del de la Baja California, 2165 y 2166 del de Campeche, 1752 del de Chile, y 1808 del de Colombia.

SECCIÓN SEXTA.

DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Art. 1417. La sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio ó al ser declarado nulo.

El cónyuge que por su mala fé hubiere sido causa de la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales.

Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el art. 1433.

Al comentar el art. 1393, digimos ya que la sociedad de gananciales nace con el matrimonio y con su extinción concluye; y asi sucede efectivamente ante el derecho general, si bien en Aragón se prolonga apesar de la muerte de uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los hijos hasta que cualquiera de ellos significa su deseo en contrario, ya pidiendo la formación de inventario, ya de cualquier otro modo que exprese el deseo de dividir los bienes ó conocer el resultado de los gananciales.

No cabe duda que, dados los principios que informan este Código, la sociedad de gananciales en el mismo establecida, tiene que concluir á la disolución del matrimonio ó al ser declarado nulo; porque disuelto ó nulo el matrimonio, ya no tiene objeto el consorcio, que desparece al desaparecer el matrimonio del que es consecuencia.

Y aunque regla general de derecho es que toda sociedad termina por la muerte de un socio, en la conyugal puede suceder que, sin desaparecer en su totalidad el vinculo, la sociedad material se disuelva por carecer de objeto, como antes hemos indicado; lo cual se efectúa cuando procede la separación de bienes á petición de uno de los cónyuges, cuando se decide el divorcio, se sujeta á interdicción civil á uno de los consortes, se declara su ausencia,

Digitized by Google

etc. etc., pues la sociedad de gananciales presupone el matrimonio en todas sus naturales consecuencias de vida común, unidad de miras y todo cuanto puede conducir á un mismo fin, el de la constitución regular y seria de una familia, el del sostenimiento y desarrollo de esa nueva familia, que es una individualidad en el Municipio, en la Provincia y en el Estado, cuyo fin mal puede cumplirse en caso de separación, en caso de hacerse imposible la vida común.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, tit. 7.º; 5.ª, tit. 5.º del lib. 4.º del Fuero Real; 8.ª y 11.ª, tit. 4.º, lib. 10 de la Nov. Recop.; como se ven también en el art. 99 de la ley de Matrimonio civil, é iguales preceptos propuso el art. 1339 del Proyecto de Código de 1851, siendo muy lógico que la mala fe se castigue como se castiga en el apartado segundo del art. 1417 que comentamos, con la pérdida de gananciales al que de mala fe ocasione la nulidad; como es natural que se dé por terminada la sociedad de gananciales en los casos del art. 1433 ya indicados de separación de bienes solicitada por uno de los cónyuges, cuando su consorte hubiera dado causas al divorcio, hubiere sido condenado á pena que lleva consigo la interdicción, ó hubiera sido declarado ausente, pues siendo efecto esa sociedad de gananciales del matrimonio y la vida común á que antes nos hemos referido, desde el momento que desaparece la causa ó el objeto, el efecto no puede menos de desaparecer.

Concordancias vemos en los arts. 1441 del Código de Francia, 1441 del de Italia, 1441 del de Bélgica, 1959 del del Uruguay, 181 del de Holanda, 1762 y 1763 del de Veracruz-Llave, el más parecido al nuestro; 1764 del de Chile, 1820 del de Colombia, 1468 del de Bolivia, 1262 del de Austria, 1071 del de Vaud, 1291 del de la República Argentina, 1121 del de Portugal, 2180 del de México, 2047 del de la Baja California, 2180 del de Campeche.

SECCIÓN SÉPTIMA.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Art. 1418. Disuelta la sociedad, se procederá desde luego á la formación del inventario; pero no tendrá éste lugar para la liquidación:

1.º Cuando, disuelta la sociedad, haya renunciado á sus efectos y consecuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges ó sus causa-habientes.

2.º Cuando á la disolución de la sociedad haya precedido la separación de bienes.

Digitized by Google

3.° En el caso á que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior.

En el caso de renuncia, quedará siempre á salvo el derecho concedidó á los acreedores por el art. 1001.

Para toda liquidación es de absoluta necesidad empezar por la formación del inventario; en ello están conformes todos los Códigos, entre ellos el nuestro. Sin embargo, este mismo Código en el artículo que comentamos señala las excepciones á la regla general, según la cual se hace indispensable la formación de inventario; y estas excepciones tienen lugar cuando uno de los cónyuges ó sus causahabientes haya renunciado en tiempo hábil á los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales: cuando haya precedido la separación de bienes á la disolución de la sociedad; cuando la mala fe de uno de los cónyuges háya dado lugar á la nulidad del matrimonio. Nada de particular tienen tales excepciones, porque en el primer caso, habiendo renuncia de uno de los interesados á percibir gananciales, huelga el inventario, puesto que como no ha de repartirse el caudal de gananciales, á nadie interesa saber á cuanto asciende, ni efectos generales de ningún género ha de producir dicho conocimiento; en el segundo caso tampoco, porque si la separación de bienes se hizo antes de la disolución de la sociedad conyugal, una vez efectuada aquella separación comprendería la de los bienes propios y los gananciales si los había; por consiguiente, innecesario es inventario que, indirectamente y con la prevención necesaria se habria hecho al separar los bienes de cada cónyuge; y en el tercer caso, ó sea cuando por su mala fe un conyuge pierde todo derecho á gananciales, nos colocamos en el caso de renuncia voluntaria, y como los gananciales no han de partirse, puesto que el cónyuge culpable pierde el derecho que tenia á ellos, también es inútil el inventario, porque ningún efecto legal podría producir toda vez que uno solo de los consortes es el que ha de adquirirlos y disfrutarlos. En una palabra, donde no ha de haber liquidación ni partición de gananciales, no es necesario el inventario.

En el caso de renuncia, ya lo indicamos antes, es preciso conceder á los acreedores del renunciante la facultad de pedir al Juez para aceptar dichos gananciales hasta lo necesario para cubrir sus créditos, como en el art. 1001 se concede el referido derecho á los acreedores del que renuncia una herencia.

Precedentes encontramos en la ley 60 de Toro, ó sea en la 1.ª tit. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación; y el Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1340, estando el que comentamos en relación con los arts. 72, 73 y 1394 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1960 del Código del Uruguay, que digno es de estu-

Digitized by Google

dio; 1765 del de Chile, igual al anterior; 1821 del de Colombia, 2189 del de México, 2056 del de la Baja California, 2189 del de Campeche, 1764 del de Veracruz-Llave, en la esencia (aunque no en la forma) igual al nuestro; preceptuando los dos primeros, que *Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente á la confección de un inventario solemne y tasación de todos los bienes del matrimonio, como se dispone para la sucesión por causa de muerte.*

Analogia vemos también, aunque no verdadera concordancia, en los artículos 1442 del Código de Francia, 1305, 1312 y 1313 del de la República Argentina, 1442 del de Bélgica, y otros.

Art. 1419. El inventario comprenderá numéricamente, para coleccionarlas, las cantidades que, habiendo sido pagadas por la sociedad de gananciales, deban rebajarse de la dote ó del capital del marido, con arreglo á los artículos 1366, 1377 y 1427.

También se traerá á colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales ó fraudulentas, con sujeción al artículo 1413.

A la sociedad de gananciales, por su índole especial, no pueden aplicarse estrictamente las misma reglas que las que para la liquidación de las sociedades en general se prefijan en este Código; porque en la sociedad matrimonial, ya tenga el carácter de puramente legal, ya el de paccional ó verdaderamente conyugal, como algunos la llaman, hay que ver siempre que la gestión administrativa corresponde al marido, y por esto la resposabilidad de la administración no alcanza nunca á la mujer, á la que la ley atiende con predilección, por lo mismo que la distinta condición moral y natural exige la debida protección á la mujer, que no puede pactar por si gestión alguna y que no goza de la libertad de los demás socios vulgares, por decirlo asi. Por esto el Código dicta reglas especiales para la liquidación de la sociedad de gananciales, disposiciones nuevas en la ley positiva, mas de uso constante en la vida práctica. Es uno de tantos fénómenos que vemos reproducidos en la naturaleza; la ley basándose en la práctica, el legislador llevando á los Códigos lo que en la realidad de los hechos observa; como el filósofo sienta sus principios tomados muchas veces de las reflexiones acerca de los acontecimientos que á sus sentidos llegan de la observación de la naturaleza, y las mas trascendentales invenciones son hijas frecuentemente de la compenetrante observación de hechos sencillos y naturales que para la generalidad pasan desapercibidos.

Y aunque las reglas que unos Códigos estableciesen (que la mayoria lo fian esto á la práctica), no podrian adoptarse para otros, porque la mayor parte giran sobre distinta base en la constitución económica de la familia, es lo cier-

Digitized by Google

to que el nuestro, en las reglas que sobre el particular prefija, puede tomarse como pauta de las teorías á que se refiere, si bien no determina de manera clara y como los del Uruguay y Chile como han de hacerse esas particiones y por quien han de hacerse, sin duda por no hacerse casuístico en extremo, y porque en la ley de enjuiciamiento civil que (ajustándose a este Código se ha de reformar), ha de señalarse el procedimiento para el desarrollo y desenvolvimiento sencillo y correcto de la doctrina aquí sentada, en modo muy parecido al que en la práctica los jurisconsultos han establecido y la ley de enjuiciamiento civil ha prescrito para las testamentarias y abintestatos.

De todos modos, vemos sentado en este Código que la liquidación de la sociedad de gananciales comprende tres operaciones: la de inventario, la de separación de bienes ó caudales de cada uno de los cónyuges y verdaderas conquistas, y la de división de ganancias.

Y fijándose tan solo en el art. 1419 que comentamos, vemos que el inventario comprenderá numéricamente, para colacionarlas, las cantidades pagadas por la sociedad, que han de rebajarse del capital dotal ó de los bienes del marido, y las enajenaciones hechas durante el consorcio que pudieran considerarse ilegales. Lo cual se hace porque las cantidades á que se refiere este artículo no son de las puestas á cargo de la sociedad sino de la dote ó del capital del marido, y siendo así, si fueron satisfechas por la sociedad, deberán considerarse como existentes y comprenderse en el inventario, rebajándose luego del haber respectivo, ó imputándose en él, pues el resultado será el mismo.

Por esto el art. 1366 preceptúa que la restitución de la dote estimada se hará entregando el marido ó sus legítimos representantes á la mujer ó los suyos el precio en que hubiera sido estimada al recibirla el marido, pero de dicho precio se rebajará la dote constituida á las hijas en cuanto sea imputable á los bienes propios de la mujer, conforme al art. 1343, y las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio y que hubiese satisfecho el marido. Y por esta misma razón, según el art. 1377, se reducen para la liquidación y restitución de la dote inestimada, si por el marido hubieran sido pagadas, el importe de las costas y gastos sufragados para la cobranza y defensa de dicha dote, las deudas y obligaciones inherentes ó afectas á la dote que no sean de cargo de la sociedad de gananciales, y las cantidades que sean de la peculiar responsabilidad de la mujer. Tratando por último, el art. 1427, de la deducción del coste de los lutos para la viuda, que se hará del caudal de la herencia del marido.

Igualmente han de colacionarse las enajenaciones de bienes gananciales que el marido hubiere hecho en contravención á las disposiciones de este Código, ó en fraude de la mujer, pues á ésta y á sus herederos tales enajenaciones no pueden perjudicar, según el párrafo 2.° del art. 1413, y les perjudicarían indudablemente si no se colacionaran.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 1964 del Código del Uruguay, enteramente igual al nuestro, 1765 del de Veracruz-Llave, esencialmente idéntico, 1768 y 1769 del de Chile, que contiene parecidos preceptos, 2190 y 2191 del de México, 2057 y 2058 del de la Baja California y 2190 y 2191 del de Campeche.

Art. 1420. No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban diariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva.

Ya al ocuparnos del art. 1374 de este mismo Código, vimos la íntima relación que ambos preceptos tienen, y podemos exponer una de las razones más de sinderesis para que el lecho cuotidiano y las ropas y vestidos de uso ordinario de los cónyuges, pues carece de objeto su inclusión cuando aquel artículo prescribe que ese lecho y esos vestidos y ropas han de entregarse á la viuda, y por reciprocidad y con sujeción á lo que previene la última parte de este artículo que comentamos, al viudo, según los casos.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, tit. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real y 53 de Toro, ó sea la ley 4.ª, tit. 3.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1342, y concordancias vemos en los arts. 1492 en su segundo apartado, y última parte del párrafo 2.º del art. 1570 del Código de Francia, en comentarios anteriores ya citados y transcritos; 1766 del de Veracruz-Llave, igual al nuestro, si bien respecto de los vestidos solo se refiere á la viuda; 1965 del del Uruguay, idéntico el anterior; apartado 2.º del 1492 y final del apartado 2.º del art. 1570 del de Bélgica, 2192 del de Mexico, 2059 del de la Baja California y 2192 del de Campeche, esencialmente iguales al nuestro hasta en lo relativo á los vestidos.

Art. 1421. Terminado el inventario, en primer lugar se liquidará y pagará la dote á la mujer, según las reglas que para su restitución se determinan en la sección tercera capítulo 3.º de este título, y con sujeción á lo dispuesto en los artículos siguientes.

Es natural que después de formalizado el inventario, se separen los bienes, como ántes hemos indicado, con la debida prelación de la dote de la mujer, conforme á las reglas prefijadas en los arts. 1365 al 1380, ó sea á la sección 3.ª, capítulo 3.º de este Código, que trata de la restitución de la dote, relacionadas armónicamente con los arts. 1422 y siguientes, pues así lo aconsejan la equidad y la justicia.

Digitized by Google

En esta sociedad, como en la convencional, para saber si hay utilidades ó pérdidas, han de separarse préviamente del cúmulo general de bienes, el caudal que cada socio aportó ó su importe, y las deudas contraidas durante el consorcio. Por esto ha de sacarse primero la dote, después los bienes parafernales, seguidamente las deudas, después el caudal del marido (art. 1423); pero la verdad del caso es que de haber gananciales bastantes, lo mismo es deducir el capital marital, antes ó después que las deudas, porque al fin se obtendria el mismo resultado, ya que si se sacaba después, se reintegraria del caudal de gananciales puesto que habia sobrantes para satisfacer las deudas.

Precedentes encontramos en la ley 31.ª, tit. 11.º, Part. 4.ª; y el art. 1343 del Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1966 del Código del Uruguay esencialmente igual al nuestro, 1767 del de Veracruz-Llave que en nada discrepa del que comentamos; 1124 del de Portugal, de verdadera analogia; 1832 del de Colombia, 1773 del de Chile, 2193 del de México, 2060 del de la Baja California y 2193 del de Campeche, en los que se determina que se deduzcan primero las deudas consorciales, luego lo que cada cónyuge aportó al consorcio; y después los gananciales, que se distribuirán por igual ó por mitad entre los cónyuges ó sus representantes

Art. 1422. Después de pagar la dote y los parafernales de la mujer, se pagarán las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad.

Cuando el caudal inventariado no alcanzare para cumplir todo lo dispuesto en este artículo y en el anterior, se observará lo determinado en el título 17 de este libro.

Esto confirma lo que habiamos adelantado al comentar el artículo anterior que después de pagar la dote y los parafernales, se pagaran las deudas, cargas y obligaciones de la sociedad.

Mas cuando el caudal inventariado no alcanzara á satisfacer todas esas deudas, cargas y obligaciones de la sociedad conyugal ó legal, se observará lo prescrito en el titulo 17.º de este mismo libro, sobre prescripción.

Precedentes encontramos en la ley 14.ª, tit. 20.º, lib. 3.º del Fuero Real; el art. 1344 del Proyecto de 1851, propuso preceptos análogos, y en relación está el que nos ocupa con los arts. 1336, 1922 y 1929 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1967 del Código del Uruguay, 1768 del de Veracruz-Llave, que dice: «Después de la dote de la mujer se pagarán las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad: (hasta aquí igual que el nuestro): y luego sigue: Cuando el caudal no alcanzara para cumplir todo lo dispuesto en

Digitized by Google

este artículo y en el anterior, se observará lo determinado sobre los créditos privilegiados y graduación de acreedores». Casi lo mismo que nuestro Proyecto de 1851 y la primera edición de nuestro Código.

Art. 1423. Pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las rebajas que correspondan por las mismas reglas que, respecto de la dote, determina el art. 1366.

Esto no necesita comentario, mucho ménos después de lo expuesto al comentar los arts. 1366 y 1421, pues el marido no debe ser, bajo este concepto, de peor ni mejor condición que la mujer, y siempre ha de caminarse bajo el supuesto de que las deducciones tienen por objeto la exacta fijación del haber de cada uno de los cónyuges, y puntualizar la verdadera situación del consorcio.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1345, y concordancias vemos en los arts. 1968 del del Uruguay (igual al del citado Proyecto), y 1769 del de Veracruz-Llave, esencialmente idéntico al anterior.

Art. 1424. Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los tres artículos anteriores, el remanente del mismo caudal constituirá el haber de la sociedad de gananciales.

Es de pura sinderesis lo que este artículo preceptúa, y no caben sobre él dudas ni interpretaciones. Sabemos todos que el inventario se forma para patentizar la existencia de la sociedad: que al cúmulo general de bienes se colaciona todo lo que con arreglo á la ley debe colacionarse, para fijar mejor los derechos de cada cónyuge: que se hacen las deducciones de la dote y parafernales de la mujer, de las deudas y del haber marital, para que cada uno entre en posesión de lo que le pertenece: y como consecuencia de todo esto, lo que quede de remanente es el verdadero haber de la sociedad de gananciales, que ha de partirse por igual entre los consortes ó sus legítimos representantes, como previene el art. 1426 de este mismo Código y el sentido común dicta.

El Proyecto de 1851, en su art. 1346, propuso un precepto análogo; y no vemos en la tésis de estos preceptos, mas que el fin de la liquidación que se completa con los preceptos siguientes para efectuar la partición ó división de lo que resulte como verdaderos gananciales.

Concuerda con los arts. 1770 del Código de Veracruz-Llave, idéntico al nuestro; primer apartado del art. 1969 del del Uruguay, igual al anteriormente

Digitized by Google

citado; 1774 del de Chile, 1474 del de Francia, que más es un verdadero y exacto concordante de nuestro art. 1426; primera parte en su final del art. 2193 del de México, 1474 del de Bélgica, final de la primera parte del art. 2060 del de la Baja California, y final de la primera parte del art. 2193 del de Campeche.

Art. 1425. Las pérdidas ó deterioro que hayan sufrido los bienes muebles de la propiedad de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, se pagarán de los gananciales cuando los hubiere.

Los sufridos en los bienes inmuebles no serán abonables en ningún caso, excepto los que recaigan en bienes dotales y procedan de culpa del marido, los cuales se indemnizarán según lo dispuesto en los artículos 1360 y 1373.

Establécense en el artículo que acabamos de consignar dos preceptos que envuelven principios extremadamente justos, pues se ve en ellos el deseo de aquilatarlo todo y someter la cuestión de propiedad al más extricto derecho. Diferénciase perfectamente la condición de los bienes muebles y de los inmuebles, y como los muebles son por naturaleza de difícil conservación y de fácil deterioro, teniendo esto en cuenta y que el uso es común, contribuyendo todos, por lo tanto, á su gasto, ordena que cualquier pérdida ó deterioro de éstos sea también común, y por ello preceptúa que se paguen siempre de los gananciales cuando los hubiere.

Mas, comprendiendo que los bienes inmuebles no se hallan en las mismas circunstancias, que bien administrados es difícil, si no imposible, su pérdida ó deterioro, como los casos fortuitos son más trascendentales, y no cabe en ellos participación alguna del que los administra, ni menos del consorcio, los declara inabonables; si bien excepciona los dotales, que cuando se deterioran ó pierden por culpa del marido, éste hará la correspondiente indemnización, según lo prevenido en los arts. 1360 y 1373, que no hemos de reproducir aquí, por habernos ocupado ya de los mismos debidamente, si bien hemos de recordar que el 1360 se refiere á la dote inestimada, en cuyos bienes la mujer conserva sus derechos dominicales, y respecto de los que el marido sólo es responsable del deterioro que por culpa ó negligencia sufran dichos bienes; y que el 1373 se refiere á los créditos dotales y está en relación con los arts. 1372 y 1440 de este mismo Código.

De manera que, fijada una regla general para los inmuebles basada en el inconcuso principio de todos conocido *res suo domino perit*, observado aquí en todo su vigor y pureza, lo mismo para la mujer que para el marido; en cuanto á los muebles se sienta una verdadera excepción, pues por las razones antes

Digitized by Google

indicadas su pérdida ó deterioro, aún en caso fortuito, se hace de riesgo de la sociedad de gananciales, no del propietario. Y en la regla general sustentada para los inmuebles, se salvan los dotales de las pérdidas que experimentan por negligencia del marido.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1347, y en relación está el que nos ocupa con los arts. 334 al 336, 1104, 1105, 1336, 1346, 1347 y 1360 de este mismo Código.

Concuerda con el apartado segundo del art. 1369 del Código del Uruguay si bien éste no establece distinciones entre muebles é inmuebles y declara de cuenta de su dueño todas las pérdidas y deterioros menos los que proceden de culpa ó dolo de alguno de los cónyuges que las resarcirá el culpable; el 1771 del de Veracruz-Llave, idéntico al nuestro; 1771 del de Chile, igual al citado primeramente; 2198 y 2199 del de México, 2065 y 2066 del de la Baja California, 2198 y 2199 del de Campeche, cuyos tres últimos dicen: «Las pérdidas ó desmejoras de los bienes muebles no estimados, aunque provengan de caso fortuito, se pagarán de los gananciales, si los hubiere; en caso contrario el dueño los recibirá en el estado en que se encuentren. Los deterioros de los bienes inmuebles no son abonables en ningún caso al dueño, excepto los que provengan de culpa del cónyuge administrador.»

Art. 1426. El remanente líquido de los bienes gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer ó sus respectivos herederos.

Este artículo no es más que el complemento del art. 1425: allí, según expusimos, se ve el fin de la liquidación; aquí el comienzo del reparto ó división; y esta partición ha de hacerse en dos partes enteramente iguales, sean iguales ó desiguales las aportaciones matrimoniales de cada uno de los cónyuges, haya llevado el uno lo necesario para satisfacer las necesidades sociales, y no haya aportado el otro caudal alguno. Y esto se veía en todos los Códigos antiguos y modernos, esto está conforme con lo prevenido en la ley 1.ª, tit. 4.°, lib. 10 de la Nov. Recop., y con lo propuesto en el art. 1348 del Proyecto de 1851; así como con la doctrina sentada en varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre ellas, la de 11 Febrero de 1870.

Precedentes encontramos en las disposiciones antes citadas y en las leyes 1.ª y 3.ª, tit. 3.°, lib. 3.° del Fuero Real.

Concuerda con los arts. 1772 del Código de Veracruz-Llave, igual al nuestro; 1474 del de Francia, 1774 del de Chile, 1474 del de Bélgica, 1971 del del Uruguay, 2353 del de la Luisiana, 1123 del de Portugal, 2194 del de México, 2061 del de la Baja California y 2194 del de Campeche.

Digitized by Google

Art. 1427. Del caudal de la herencia del marido, se costeará el vestido de luto para la viuda, según lo dispuesto por el art. 1329.

Los herederos de aquél lo abonarán con arreglo á su clase y fortuna.

Ya lo digimos oportunamente al comentar el art. 1379, el vestido de luto para la viuda se costea del caudal herencial del marido, y los herederos de éste lo abonarán con arreglo á su clase y fortuna. Esto es natural, pero habrá familias entre las que por su idiosincrasia se dará lugar á cuestiones por no avenirse en determinar bien la fortuna de los cónyuges y la clase en que han de considerarse incluidos, sin que por nuestra parte veamos justa esa igualdad que quiere por algunos establecerse en los lutos del viudo y de la viuda, por cuanto siendo el marido el que verdaderamente está obligado al sostenimiento de la familia, no se encuentra en el mismo caso que la mujer.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 3.ª, tít. 4.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación y 1.ª y 3.ª, tit. 3.º, lib. 3.º del Fuero Real; y el art. 1349 del Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo.

Concordancias vemos en los arts. 1481, y última parte del primer apartado del 1570 del Código de Francia; 1773 del de Veracruz-Llave, 1481 y última parte del primer apartado del 1570 del de Bélgica, 1972 del del Uruguay, 2353 del de la Luisiana, 1562 del Sardo, 1383 del de Nápoles, 2200 del de México, 2067 del de la Baja California, y 2200 del de Campeche, siendo casi todos los citados esencialmente iguales al nuestro; pero muy especialmente estos tres últimos, el de Veracruz-Llave, el del Uruguay, el francés y el belga.

Art. 1428. En cuanto á la formación del inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales, garantía y afianzamiento de las respectivas dotes y demás que no se halle expresamente determinado por el presente capítulo, se observará lo prescrito en la sección quinta cap. 5.ª, tít. 3.º del libro 3.º y en la segunda y tercera, cap. 3.º de este título.

Ya lo indicamos, las reglas de la sucesión han de ser las que se observan en esta materia, y muy principalmente la sección 5.ª, cap. 5.º, tit. 3.º del lib. 3.º, que se ocupa del beneficio de inventario y del derecho de deliberar; y en las secciones 2.ª y 3.ª, del cap. 3.º de este tit. 3.º que tratan de la administración y usufructo de la dote y de la restitución de la misma.

El Proyecto de 1851, en su art. 1350, propuso preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 1476 del Código de Francia, 1960 del del Uruguay,

Digitized by Google

1476 del de Bélgica, 1774 del de Veracruz-Llave, igual al nuestro, 183 del de Holanda, 1584 dél Sardo, 2204 del de México, 2071 del de la Baja California, 2204 del de Campeche y otros; todos los cuales están conformes en que la partición de la comunidad según unos, como la de la sociedad de gananciales, la licitación de los inmuebles, los efectos de la partición, la garantía que resulte y los saldos estarán sometidos á las reglas de las sucesiones. De manera, que el art. 1428 que comentamos, no solo tiene gran relación con los arts. 1010 al 1034 y 1357 al 1380 de nuestro Código, sino con los arts. 959 al 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1429. Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por anulación del matrimonio, se observará lo prevenido en los arts. 1373, 1378, 1417 y 1440; y si se disuelve por causa de la separación de los bienes de los esposos, se cumplirá lo dispuesto en el cap. 6:° de este título.

Tampoco sobre este precepto puede decirse nada que carácter tenga de verdadero comentario, pues es claro en extremo y se refiere á una de tantas reglas á que ha de someterse la sociedad de gananciales cuando se disuelva por anulación del matrimonio, de lo cual nos ocupamos ya al comentar los artículos 1373, 1378 y 1417 á los que nos referimos y nos ocuparemos al tratar del artículo 1440, y de todo el capítulo siguiente, sobre separación de los bienes de los cónyuges y su administración por la mujer durante el matrimonio (art. 1432 al 1444), con cuyas disposiciones se relacionan las de los arts. 72, 73 y 1392 de este mismo Código, y el art. 99 de la ley de Matrimonio civil.

El Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo en su art. 1351, y concuerda con el art. 1775 del Código de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro, 2195 al 2197 del de México, 2062 al 2064 del de la Baja California, y 2195 al 2197 del de Campeche.

Art. 1430. De la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge superviviente y á sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajaran de éste, en la parte que excedan de lo que les hubiese correspondido por razón de frutos ó rentas.

Después de discusiones mil entabladas por los más célebres tratadistas de nuestra patria, sobre los alimentos á la viuda que no queda en cinta y á la que queda embarazada; después de haberse disertado en todos los tonos al tratar de la cuarta marital; después que bajo el dotal sistema, en el que no hay nece-

Digitized by Google

sidad de inventario ni liquidación, se discutió sobre si los bienes dotales habian de restituirsé inmediatamente á la disolución del matrimonio, ó dentro de un año, corriendo entre tanto los intereses, no se conceptuó necesaria bajo aquel régimen la asignación de alimentos; pero hoy con el sistema de gananciales, nuestro Código, previsor en extremo, es más expresivo mas lato y más sencillo que los de Francia y Bélgica, pues provee de alimentos á los dos esposos y á sus hijos, porque el marido es tan socio como la mujer en los gananciales, y como puede además tener en el cúmulo general de bienes los suyos propios durante la liquidación, de aquí el que sea fácil y casi seguro necesite los alimentos como su mujer, mucho más cuando por haberse hecho inventario judicial, no puede disponer de ninguna clase de bienes. Por ello pues, la medida adoptada en el art. 1430 que comentamos es recomendable, de equidad y justicia tanto para la mujer como para el marido, entre los que además de sentirse las mismas necesidades, debe sostenerse la mayor igualdad posible en lo compatible con las diferencias que entre ambos la naturaleza y la sociedad imponen. Y respecto de los hijos del finado, existen razones de equidad, pues el deber de alimentar los que en la sociedad conyugal existen defiende tal precepto en lo que á ellos se refiere.

Ahora bien, en unos y en otros es justo que se sostengan los alimentos hasta que á cada cual lo suyo le sea entregado, como lo es el que de sus haberes respectivos se le rebaje á cada uno lo que excedan sus alimentos de lo que le hubieran correspondido por frutos ó rentas, pues si éstos fueron suficientes para sostener la familia durante el consorcio, no deben ser insuficientes mientras se hace la liquidación y partición; y por otro lado, como que desde la disolución del matrimonio, cada uno es dueño de lo suyo, si gasta en alimentos algo más que sus productos, justo es que lo gaste de su propio capital.

El Proyecto de 1851, en su art. 1352, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1465 del Código de Francia, si bien allí se fija y reconoce á la viuda el derecho de alimentos durante los 3 meses y 40 dias que están concedidos para hacer inventario y deliberar, en lo que están conformes los arts. 1465 del de Bélgica y 2391 del de la Luisiana; si bien los mismos Códigos francés y belga en su art. 1570 (pues coinciden hasta en su articulado), le dan á la viuda opción para exigir los intereses de la dote durante el año de luto, ó alimentos á expensas de la herencia del marido, pero en ambos casos, la habitación por tiempo de un año y los vestidos de luto deberán dársele de la sucesión, y sin imputársele los intereses que le sean debidos; con lo cuál estaban esencialmente conformes los arts. 1383 del de Nápoles, 2353 del de la Luisiana y 1562 del Sardo; observándose analogías en los arts. 462 y 463 del de Prusia, en virtud de los que la viuda tiene derecho á alimentos vitalicios en los bienes maritales, si ella no los tuviera ó no le alcanzaran sus rentas, y aun que le alcancen podrá pedir la cuarta parte de sus alimentos; así como en Austria, según el

Digitized by Google

art. 1243, la viuda debe ser mantenida durante los 6 primeros meses de su viudez, ó después de su parto si quedó en cinta, si bien entonces pierde el derecho de viudedad; y el art. 1776 del de Veracruz-Llave, que es idéntico al nuestro.

Art. 1431. Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los bienes gananciales de dos ó más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios; y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, proporcionalmente al tiempo de su duración y á los bienes de la propiedad de los respectivos cónyuges.

Rara vez se dará el caso á que se refiere el artículo qee acabamos de consignar en que hayan de hacerse á la vez dos liquidaciones de bienes gananciales de dos ó más matrimonios efectuados por una misma persona, pues primeramente en los paises donde no se admite la bigamia no ha de ser facil que el marido ó la mujer binubos entren en el segundo matrimonio sin haber hecho la correspondiente liquidación de los haberes del primero, mucho menos dada la base y fundamento sobre que está constituida hoy en nuestra patria la famiy atendiendo á que las reservas se imponen en nuestro Código, pues si éstas sirven para deslindar los caudales de una y otra sociedad matrimonial, y obligados con arreglo á los preceptos del Código están los cónyuges, según lo que se preceptúa en el art. 811 y en los arts. 968 al 980 de este mismo Código; y, si sobre dichas reservas, prescripciones se dieron ya en nuestra ley Hipotecaria (arts. 168 y 194 al 201) y en el Reglamento para su ejecución (arts. 116 al 119 y y 134 al 141), observadas unas y otras disposiciones, raro en extremo ha de ser el caso á que se refiere el articulo que comentamos: pero á pesar de su rareza nuestro Código lo prevée, é inspirándose en los más elevados principios de equidad y de justicia, deja en completa libertad á los interesados para que, á falta de inventarios, puedan hacer todo género de pruebas que conduzcan á la determinación y fijación de los verdaderos caudales de cada una de aquellas sociedades conyugales; y á mayor abundamiento para el caso en que fuese imposible puntualizar su cuantia, ordena que se repartan los gananciales entre las dos sociedades en proporción al tiempo que cada una duró y de los capitales que á las mismas aportasen los cónyuges.

Mas analogia se encuentra entre este precepto y algunas leyes de las regiones aforadas como la ley 2.ª, tit. 10, lib. 3.º de la Novisima Recopilación Navarra y la ley 50 de las Cortes de aquel territorio de 1765 al 1766 que en el dere-

Digitized by Google

cho general histórico del territorio no aforado: y aunque algunos publicistas han sostenido que más justo y equitativo fuera el que todas las ganancias se distribuyesen por igual entre las diferentes familias constituidas por la misma persona, ha predominado siempre la idea de la prudencial proporción que se determina en el artículo que comentamos, razón por la cual se ha convertido en precepto legal.

El Proyecto de 1851, en su art. 1353, propuso preceptos análogos, y en relación está el que nos ocupa con los arts. 1215 y 1376 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1777 del Código de Veracruz-Llave idéntico al nuestro; 1314 del de la República Argentina igual al anterior; 2202 y 2203 del de Méxicó; 2069 y 2070 del de la Baja California y 2202 y 2203 del de Campeche.

CAPITULO VI.

De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio.

Art. 1432. A falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el art. 50.

Al tratar este capítulo sexto de la separación de bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio, parece se vislumbra un pensamiento feliz desconocido en los Códigos de otros países, en virtud del cual se presentan á nuestra vista de un sólo golpe todos los casos de separación de bienes durante el matrimonio, y se traslucen los efectos de cada una de esas separaciones, presumiéndose ya los casos de administración de todos los bienes del matrimonio por la mujer con sus naturales consecuencias; y dicho capítulo, del que entramos á ocuparnos, dirige sus miras á evitar todo abuso, empezando por presuponer en su primer artículo, ó sea en el 1432, que la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio, no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado entre personas á quien este mismo Código lo prohibe en su art. 45; pues entonces según el precepto del art. 50, si bien el matrimonio será válido queda sujeto á las penalidades de otro Código y á las reglas allí

Digitized by Google

taxativamente consignadas, entre las cuales se encuentra en primer término la absoluta separación de bienes.

Al propio tiempo se vé de modo claro en los preceptos de este Código, que la disolución de la comunidad legal ha de ser hija de una sentencia firme basada en una pena que lleve consigo la interdicción civil, la declaración de ausencia ó el divorcio, y que cuando esa separación se obtiene á instancia del marido, éste nada pierde en su autoridad, conservando la administración de los bienes matrimoniales y excluyendo á la mujer de sus ulteriores gananciales; así como, por el contrario, cuando es la mujer la que por su demanda consigue la separación, pierde el marido aquella autoridad y prestigio que dentro del matrimonio debía tener, y la administración de los bienes se transmite á la mujer con exclusión del marido en los demás gananciales.

Pero leído detenidamente el citado precepto que nos ocupa, se vé en él algo más que las prevenciones del legislador, y ese algo es la convención de los cónyuges expuesta en las capitulaciones matrimoniales y que ha de mirarse como principal elemento y regla de acción respecto de la separación de los bienes entre los cónyuges, si bien en nuestro entender esas convenciones nunca pueden estar en oposición al precepto legal, y mucho menos salvar los efectos de una sentencia firme en la que siempre hemos de ver la base de la separación de los cónyuges y, como consecuencia lógica, la de sus bienes.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1354, propuso un precepto análogo, si bien no se consignaba en él la primera parte del artículo que comentamos referente á la declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales; cuyo extremo, relacionándose armónicamente con el primer apartado del artículo 1315, puede considerarse como una consecuencia de tal apartado, si bien no podrán efectuarse aquellas estipulaciones una vez contraído el matrimonio, y las pactadas antes de su celebración han de entenderse con las limitaciones naturales de la ley; y refiriéndose solo al plan económico que con aquella anterioridad se trazaron inmodificable durante la unión conyugal, sino es á virtud de decisión del Tribunal competente.

También tiene alguna relación el artículo que nos ocupa con el 73 de este mismo Código y con lo que prevenía el art. 88 de la ley de Matrimonio civil.

Vemos concordancias en los arts. 1443 del Código de Francia, cuya doctrina se ha venido sosteniendo por diferentes sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre otras las de 17 Marzo de 1847, 27 Abril del mismo año, 2 Junio de 1851, etc., etc.; observando analogías en los arts. 1418, 1441 y 1442 del de Italia, 1443 del de Bélgica, 1778 del de Veracruz-Llave, 1183 del de Guatemala, 1471 del de Bolivia, 241 del de Holanda, 2399 y 2401 del de la Luisiana, 1219 y 1220 del de Portugal, 2205 del de México, 2072 del de la Baja California y 2205 del de Campeche.

Digitized by Google

Art. 1433. El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado á una pena que lleve consigo la interdicción civil, ó hubiera sido declarado ausente, ó hubiese dado causa al divorcio.

Para que se decrete la separación, bastará presentar la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge culpable ó ausente en cada uno de los tres casos expresados.

Señálanse en este artículo los casos en que la separación puede tener lugar y en que la mujer ó el marido pueden solicitar dicha separación de bienes, así como el título suficiente para acordarla, siendo justo en extremo cuanto se preceptúa en dicho artículo, pues lógico es que cuando por la interdicción civil queda privado el marido del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes, pida y consiga la mujer la separación de estos mismos bienes y entre ella en dicha administración, como natural y lógico es que, hecha la declaración de ausencia del marido, venga la separación de bienes y se confíe la administración á la mujer, así como cuando el divorcio se decreta á instancia de la mujer, ésta obtiene la administración de los bienes matrimoniales y excluye al marido de toda ganancia ulterior; bastando para dicha separación la certificación de la sentencia firme y retrotrayendo sus efectos á la época en que se presentó la demanda.

El Proyecto de 1851 en su art. 1355, propuso preceptos análogos; y en relación está con los arts. 75, 105, 186, 200, 228 al 230 de este mismo Código, con los arts. 43, 54 y 57 del Código penal y con el art. 369 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Concuerda con los arts. 1779 y 1780 del Código de Veracruz-Llave, cuyos dos artículos corresponden con exactitud á cada uno de los dos apartados del que comentamos; 1946 del del Uruguay, si bien sólo concede á la mujer este derecho de pedir la separación de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entonces; 1292 del de la República Argentina, casi igual al anterior, puesto que en él se prescribe que durante la unión de marido y mujer sólo ésta y no el marido tendrá el derecho para pedir la separación de los bienes de uno y otro y los adquiridos hasta entonces; viéndose bastante analogía en los arts. 2218 al 2224 del Código de México, 2085 al 2091 del de la Baja California, y 2218 al 2224 del de Campeche.

Art. 1434. Acordada la separación de bienes, quedará disuelta la sociedad de gananciales, y se hará su liquidación conforme á lo establecido por este Código.

Digitized by Google

Sin embargo, el marido y la mujer deberán atender recíprocamente á su sostenimiento durante la separación, y al sostenimiento de los hijos, así como á la educación de éstos; todo en proporción de sus respectivos bienes.

Consecuencia natural de la separación de bienes es la disolución de la sociedad de gananciales, porque aparte de otras más ó menos elevadas consideraciones, no puede haber suma donde no hay factores, y si esos factores se separan, no puede haber ganancias comunes: así es que la separación de bienes lleva consigo la liquidación, que deberá efectuarse en la forma que anteriormente hemos expuesto. (Véanse comentarios á los arts. 1418 al 1431).

Pero esta disolución del consorcio no puede eximir á los padres de los deberes que tienen para con sus hijos, respecto de su sostenimiento y educación; como tampoco puede sustraerlos de su recíproco sostenimiento, que lo efectuarán con arreglo á la ley y en proporción de sus bienes respectivos.

Algo parecido se ve en las leyes 29.ª, tit. 12, lib. 5.º del Código romano y 29.ª, tit. 11, Part. 4.ª, como algo análogo se propuso en el art. 1356 del Proyecto de 1851: y en relación está el precepto que nos ocupa con los de los arts. 56, 142 al 149 y 155 de este mismo Código.

Concordancias encontramos en los arts. 1448 del Código de Francia, 1423 del de Italia, 1448 del de Bélgica, 1226 del de Portugal, casi iguales al segundo apartado del que de nuestro Código comentamos; 1781 y 1782 del de Veracruz-Llave, cuyos artículos corresponden perfectamente á cada uno de los apartados del nuestro; 1953 y 1955 del del Uruguay, parecidos á los del anterior; 242 del de Holanda, semejante al segundo apartado del nuestro; 1173 y 1176 del de Guatemala, que corresponden á los dos apartados del que nos ocupa; 1299 y 1300 del de la República Argentina, que coincide con las dos partes del nuestro; 1262 del de Austria, 1071 del de Vaud, 2049 del de la Luisiana y otros.

Art. 1435. La facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por este Código al marido, subsistirá cuando la separación se haya acordado á su instancia; pero no tendrá la mujer en este caso derecho á los gananciales ulteriores, y se regularán los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las secciones segunda y tercera, cap. 3.º de este título.

Careciamos sobre este particular de precepto escrito, por más que la opinión general de los tratadistas de nuestro derecho patrio, sostuviese que *el cónyuge que motivó ó dió causa al divorcio, libraba al otro de sí, aunque no se libraba él del otro*, es decir que el culpable del divorcio continuaba sujeto á

Digitized by Google

las cargas del matrimonio, pero no podia sujetar al inocente á que contribuyese á su sostenimiento. Y esto es de buen sentido, puesto que si al que de buena fe obra y cumple con sus deberes, se le hubiere de colocar en las mismas condiciones que al que obra de mala fe, la ley desmoralizaria alejándose de sus dignos fines.

Por ello, comprendemos perfectamente lo que el artículo que comentamos preceptúa; pues si el marido fué el que obtuvo la separación justificando las causas con que la mujer dió lugar al mismo, ese marido ultrajado y ofendido por su consorte debe continuar en la administración de los bienes matrimoniales, excluyendo á la culpable de toda participación en los ulteriores gananciales, atendiéndose en este caso á lo que previenen las secciones 2.ª y 3.ª del cap. 3.º de este título, para regular los derechos y obligaciones del marido, ó sea á los arts. 1357 al 1364 que tratan de la administración y usufructo de la dote; y á los arts. 1365 al 1380 que se ocupan de la restitución de la dote, sin olvidar tampoco lo que se previene en los arts. 59, 73 y 106 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1357, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1783 del Código de Veracruz-Llave, igual al nuestro; 1213 del de Portugal, etc., etc.

Art. 1436. Si la separación se hubiera acordado á instancia de la mujer por interdicción del marido, se transferirá á la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho á todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido.

Si la separación se acordase por haber sido declarado ausente el marido ó por haber dado motivo para el divorcio, la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido.

En todos los casos á que este artículo se refiere, quedará la mujer obligada al cumplimiento de cuanto dispone el párrafo segundo del art. 1434.

Viene, en contra del anterior, este artículo sentando preceptos para el caso en que la mujer sea la que solicite y obtenga la separación, bien por interdicción civil del marido, bien por ausencia de éste, bien porque él hubiere dado motivo al divorcio.

Respecto de la interdicción civil, hemos de exponer ligeramente, que siendo una pena que priva al reo, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, etc., administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos, según preceptúa el art. 43 del

Digitized by Google

vigente Código penal, no puede menos de dar por resultado que la administración de los bienes matrimoniales pase á otras manos, y en ningunas ha de estar mejor que en las de la mujer, mucho más hoy que desde la publicación de la ley de Matrimonio civil tiene la mujer ciertos derechos que antes no tenía y que le dan la potestad en la familia, compartiéndola en parte con el marido, y transfiriéndosela en toda su integridad cuando éste no puede ejercerla. Y como no es justo que el penado se aproveche de los cuidados y trabajos especiales de que la mujer se encarga al tomar la administración, por habér delinquido su marido, de aquí el que nuestro Código excluya á éste de los gananciales, y dé á la mujer, no solo la administración de todos los bienes del matrimonio, sino que también el derecho á todos los gananciales ulteriores.

En lugar oportuno nos ocupamos de la declaración de ausencia; y sin más que recordar lo que respecto de ésta se preceptúa en los arts. 181 al 198, y muy principalmente los arts. 187 y 188 de este Código, se comprenderá perfectamente la razón de ser del segundo caso que comprende el que al presente comentamos. Si, según aquéllos, ha de darse posesión provisional de los bienes del marido á las personas designadas en el art. 220, necesariamente ha de recaer en la mujer la administración de los bienes que se le entreguen como resultado de la liquidación. Y por último, en caso de divorcio producido por actos del marido, no seria justo que la mujer ofendida viese sus bienes administrados por un marido que, faltando á sus deberes, habia dado lugar al divorcio. Quien no supo sostener la dignidad de la familia, no puede sostener su administración.

Pero la ley, después de dar estas facultades á la mujer, después de revestirla del carácter de gerenta y administradora de los bienes matrimoniales, quiere sujetarla á las responsabilidades y obligaciones que de los grandes derechos se desprenden; y por ello previene en el último párrafo de este artículo que queda obligada la mujer, en los anteriores casos, al cumplimiento de lo que dispone el párrafo 2.° del art. 1434; es decir, al sostenimiento de su cónyuge durante la separación, y al sostenimiento de los hijos, asi como la educación de éstos, proporcionalmente á sus haberes.

El Proyecto de 1851, en su art. 1358, propuso un precepto análogo, y en relación esta el que nos ocupa con los arts. 56, 73, 105, 106, 142 al 147 y otros del mismo Código.

Concuerda con los arts. 1784 y 1785 del Código de Veracruz-Llave, 241 del de Holanda, 1940 del del Uruguay, 1169 del de Guatemala, 1758 del de Chile, teniendo cierta analogía los arts. 1302 del de la República Argentina, 2224 del de Campeche, 2091 del de la Baja California, y 2224 del de México.

Art. 1437. La demanda de separación y la sentencia firme en que se declare, se deberán anotar é inscribir respectivamente

Digitized by Google

en los Registros de la propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles.

La razón del precepto que acabamos de consignar es de buen sentido: todos sabemos los transcendentales é importantísimos efectos que una sentencia firme de reparación produce; y estos efectos se extienden á terceras personas, á quienes debe advertírseles para que no puedan ser perjudicados en la contratación que con los cónyuges hiciere creyéndoles unidos y como una sola personalidad, como debe publicarse, ó mejor dicho hacerse públicas las capitulaciones matrimoniales y cualquiera alteración que en el régimen de las familias se establezca por una sentencia; y no hay más medio legal de efectuar esta publicación que la anotación y la inscripción de la demanda y la sentencia de separación en los Registros de la propiedad que corresponda, cuando recayera sobre bienes inmuebles, debiendo ser necesaria también la anotación de la demanda por que á la época de su presentación se retrotraen los efectos de la sentencia de separación.

No es nuevo este precepto, pues lo encontramos idéntico esencialmente en la ley Hipotecaria, y algo sobre ello previene la ley de Enjuiciamiento civil así es que pueden considerarse como precedentes los arts. 2.° en su núm. 4.°, 42 en su núm. 5.° y 43 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponden al 2.° núm. 4.° de la de Cuba Puerto Rico y Filipinas, núm. 5 del 50 de Cuba y Puerto Rico y del 51 de Filipinas, 51 de la de Cuba y Puerto Rico y 52 del de Filipinas.

El Proyecto de 1851, en su art. 1359, propuso un precepto análogo, y en relación está con el art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil, y con los arts. 73, 334 y 1432 al 1434 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1445 del Código de Francia, 242 y 244 del de Holanda, 1445 del de Bélgica, 2403 del de la Luisiana, 1184 del de Guatemala, 1547 del Sardo, 1409 del de Nápoles, 1786 del de Veracruz-Llave, 2228 del de México, 2095 del de la Baja California y 2228 del de Campeche, debiendo hacer presente que todos los Códigos tienden á la publicación, y consideran nulos para terceras personas los efectos de la separación, si ésta no se hubiere publicado, y que los de Francia y Bélgica previenen que debe hacerse pública, fijándose en el sitio que para ello estuviere destinado en la sala principal del Juzgado de 1.ª Instancia, y si el marido fuere comerciante, banquero ó tratante, se hará entonces en la sala del Tribunal de Comercio del punto de su residencia, siendo nula la ejecución en que se faltase á este requisito y produciendo el fallo desde el día de la demanda.

Art. 1438. La separación de bienes no perjudicará á los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores.

Digitized by Google

Es evidente que los acreedores que anteriormente á la separación hubieren adquirido derechos contra los bienes del consorcio, estos derechos no pueden ser perjudicados en manera alguna por dicha separación, pues la sociedad conyugal, como todas las sociedades, no puede menos de responder de las obligaciones contraídas mientras tuvieron existencia, y en la liquidación correspondiente han de tenerse en cuenta las cantidades negativas que representan las deudas, para que éstas sean satisfechas en primer término, pudiendo, de lo contrario, ejercitar sus derechos y acciones los acreedores con la seguridad del éxito, siempre que se limiten á la exacción de las cantidades adeudadas y sus intereses.

La ley Hipotecaria en sus arts. 23, 25 y 27, trataba ya de esto, determinando que los títulos mencionados en los arts. 2.° y 5.° que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar á tercero; que los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto á tercero sino desde la fecha de la inscripción, y que para los efectos legales se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito (cuyos artículos con sus concordancias de Ultramar y notas correspondientes pueden verse en las páginas XI y XII de nuestro tomo 2.°)

El Proyecto de 1851, en su art. 1360, propuso un precepto análogo; y concordancias encontramos en los arts. 1447 del Código de Francia, que trata de la separación hecha en fraude de los derechos de los acreedores y les concede el derecho de la instancia de demanda de separación de bienes para impugnarla, como sucede relativamente á la renuncia de legados ó herencias; 247 del de Holanda, que faculta á los acreedores del marido que no hubieren tomado parte en la demanda para impugnar la misma separación de bienes después que ésta se efectúe si defraudase sus derechos; 2408 del de la Luisiana, 1177 del de Guatemala, 1954 del del Uruguay, 1411 del de Nápoles, 1552 del Sardo, 1422 del de Italia, 1447 del de Bélgica igual al de Francia, 1228 del de Portugal, 1787 del de Veracruz-Llave, 2227 del de México, 2094 del de la Baja California y 2227 del de Campeche, siendo completamente idénticos al nuestro estos cuatro últimos.

Art. 1439. Cuando cesare la separación por la reconciliación en caso de divorcio, ó por haber desaparecido la causa en los demás casos, volverán á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiese ejecutado legalmente.

Al tiempo de reunirse harán constar los cónyuges, por escritura pública, los bienes que nuevamente aporten, y éstos serán los que constituyan respectivamente el capital propio de cada uno.

Digitized by Google

En el caso de este artículo, se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte ó en todo sean los mismos existentes antes de la liquidacion practicada por causa de la separación.

Preceptos varios contiene este artículo que envuelven en sí la reparación de los efectos producidos por la separación de bienes, cuando en caso de divorcio los cónyuges llegaren á reconciliarse, cuando hubieren desaparecido los motivos ó causas que produjeron la separación, pues claro está que extinguida la pena que consigo llevaba la interdicción civil, presentado el ausente cuya declaración de ausencia produjo la separación de bienes, desaparecida la incapacidad que también dió motivo á ésta y en todos los demás casos que la causaren, tienen lógicamente que volver las cosas al ser y estado que se encontraron, á reanudarse la sociedad conyugal ó legal antes suspendida, empezando de nuevo sus efectos; y como ya dijimos que toda constitución social como modificación en la misma habida, debe hacerse constar por escritura pública, inconcuso es también que la novación de este consorcio matrimonial hacerse constar debe de igual manera, consignando en la escritura pública, que se otorgue los bienes que de nuevo se aportaren al consorcio, aun que fuesen los mismos que anteriormente se hubiesen separado, expresando los que constituyan el capital propio de cada uno; pues de no hacerse así no habría una verdadera base social legalmente constituida.

El Proyecto de 1851, en su art. 1361, propuso preceptos análogos, y en relación está el que comentamos con los arts. 74 y 1280 de este mismo Código, en los que se fijan los efectos de la reconciliación y lo que debe hacerse constar en todo documento público para que los contratos á que sirven de título pueden tener eficacia.

Concuerda con los arts. 1451 del Código de Francia, 1218 y 1229 del de Portugal, 1451 del de Bélgica, 251 al 253 del de Holanda, 1957 del del Uruguay, 175 del de Vaud, 1304 del de la República Argentina, 1788 del de Veracruz-Llave, 2229 del de México; 2096 del de la Baja California y 2229 del de Campeche.

Art. 1440. La separación no autorizará á los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos, ni los que se les conceden en los artículos 1374 y 1420; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el art. 73.

Como la separación de bienes no es lo mismo que la disolución por muerte de uno de los cónyuges, es imposible que produzca los mismos efectos la una

Digitized by Google

que la otra manera de poner término al consorcio, pues realmente la separación puede ser y es las más veces interina, mientras que la extinción por muerte de uno de los cónyuges, disuelve definitivamente el matrimonio; y no puede ménos de producir los efectos á que se refiere el art. 1374, de entregar á la viuda, sin cargo á la dote, el lecho cuotidiano con todo lo que lo constituya y las ropas y vestidos de su uso ordinario, lo cual no se incluirá en inventario alguno como prescribe el art. 1420; sin que tampoco les perjudique para el ejercicio de los derechos estipulados cuando llegue el caso de muerte, salvo los efectos que producirá siempre el divorcio en los casos señalados en el art. 73, del cuál nos ocupamos convenientemente en tiempo oportuno.

El Proyecto de 1851, en su art. 1362, propuso un precepto análogo; y tanto el Código francés en su art. 1452, como en el 2405 del de la Luisiana y el 1452 del de Bélgica, que parecen copiados del primero aun que sólo se ocupan de la mujer, sientan principios muy parecidos al que de nuestro Código comentamos; concordando también los arts. 252 del de Holanda, 1075 del de Vaud y otros.

Art. 1441. La administración de los bienes del matrimonio se transferirá á la mujer:

1.° Siempre que sea tutora de su marido, con arreglo al art. 220.

2.° Cuando pida la declaración de ausencia del mismo marido, con arreglo á los artículos 183 y 185.

3.° En el caso del párrafo primero del art. 1436.

Los Tribunales conferirán también la administración á la mujer, con las limitaciones que estimen convenientes, si el marido estuviere prófugo ó declarado rebelde en causa criminal, ó si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiere proveido sobre ella.

Extenso es el artículo que acaba de consignarse, y aunque parece entraña diferentes preceptos, realmente redúcese su tesis á señalar los casos en que la administración de los bienes del matrimonio debe ser transferida á la mujer; y esto se presenta en tales condiciones, que, teniendo un carácter eminentemente dogmático preceptivo, con solo recordar los artículos que en el mismo se citan ó á que éste se refiere, basta y sobra para llenar este comentario.

El primer caso de que trata el artículo que nos ocupa, es el de que la mujer sea tutora de su marido con arreglo á lo prevenido en el art. 220 de este mismo Código, que solo comprende la tutela de los locos y los sordomudos, lo cual corresponde en primer término al cónyuge, no separado legalmente del que por tales conceptos fué declarado incapacitado, porque los demás casos de dicho art. 220 nada tienen que ver con el que nos ocupa.

Digitized by Google

El segundo caso es el de pedir la declaración de ausencia del marido con arreglo á lo prevenido en el art. 183; y nadie duda que, según éste, el cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente, cuando no estuvieren legalmente separados; así como tampoco puede ponerse en tela de juicio que de conformidad con lo prevenido en el número primero del art. 185, el cónyuge presente es el que puede pedir la declaración de ausencia, y en esto encontramos una ligera modificación respecto á la edición primera de nuestro Código, pues en aquella solo se hacia referencia al art. 183, mientras que en la nueva se citan como referentes el 183 y el 185.

En cuanto al tercer extremo del artículo que comentamos, no podemos menos de tener en cuenta lo prevenido en el párrafo 1.° del art. 1436 que en el mismo se cita, en el cual se previene que si la separación se hubiere acordado á instancia de la mujer por interdicción civil del marido, se transferirá á la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho á todos los gananciales ulteriores con exclusión del marido.

Nada más, por lo tanto, puede decirse sobre estos extremos, porque según antes indicamos son puramente preceptivos; pero cierra el artículo un último párrafo en el cual, como medida general, da á los Tribunales la facultad de conferir también la administración á la mujer cuando el marido está prófugo ó ha sido declarado rebelde en causa criminal, ó si, hallándose absolutamente imposibilitado para la administración, nada hubiera determinado sobre la misma; lo cual ni aun necesidad habia de consignarlo como precepto especial, puesto que con arreglo á los principios generales de derecho y á las bases establecidas en este Código, no podia menos de conferirsele la administración á la mujer del prófugo ó rebelde, por cuanto ante la ley es desconocido su paradero, y además de que por su rebeldía se hizo indigno de la administración, la ausencia seria bastante motivo para transferir á su consorte la administración en aquello que, á pesar de los embargos que contra el mismo se trabasen para atender á las responsabilidades pecuniarias que del proceso resultaran, libre de sus propios bienes quedase y de lo que constituye los demás bienes matrimoniales.

Y en cuanto á la imposibilidad que en último término presenta como causa de su transferencia nuestro artículo, es inconcuso que si por haber sido víctima el marido de un ataque ó accidente sin perturbar sus facultades mentales, ó perturbándolas, le imposibilita en la libre manifestación de su voluntad, no es posible provea sobre la administración, y aunque tal quisiese efectuar, creemos que por la ley está llamada la mujer á suplir á su marido en dicha administración cuando tal caso llegare, sin perjuicio de que los Tribunales se la confieran con las limitaciones que estimen conveniente al efecto, no solo de prefijar la situación del consorcio, sino de evitar todo perjuicio á la misma mujer y al caudal matrimonial.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1363, propuso un precepto análogo, y en estrecha relación está el que nos ocupa con el art. 187 de este mismo Código, que se relaciona también con los antes indicados; concordando con el art. 169 del Código de Holanda, 1758 del de Chile, 1814 del de Colombia, 1789 y 1790 del de Veracruz-Llave, 2222 y 2224 del de México, 2089 y 2091 del de la Baja California y 2222 y 2224 del de Campeche.

Art. 1442. La mujer en quién recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce, pero siempre con sujeción á lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior y en el art. 1444.

Todos los Códigos están unánimes en que la mujer, cuando administra los bienes matrimoniales, deberá tener las mismas facultades y responsabilidad que tendria el marido; y se comprende bien, porque de no ser asi, la administración seria imperfecta y no podria producir los resultados apetecibles. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en ciertos casos los Tribunales pueden imponerle ciertas limitaciones que ya hemos dicho son tan convenientes para el caudal matrimonial como para la propia mujer administradora, y con sujeción á lo prevenido en el art. 1444 en que se le niega facultad para enajenar y gravar durante el matrimonio sin licencia judicial los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido, otorgándose dicha licencia siempre, como es de suponer, prévia la correspondiente justificación de la conveniencia ó necesidad de enajenar; pero si se tratase de valores públicos ó créditos de Empresas y Compañías mercantiles, y por convenir aprovechar cierta cotización, ó por otro motivo justo, no pudiera aplazarse dicha venta sin grave perjuicio del caudal administrado, podrá venderlo con intervención del Agente ó Corredor, consignando en depósito judicial el producto de dichos valores hasta que recaiga la correspondiente aprobación; de manera que en este caso realmente para salvar dificultades, se antepone la realización de la venta á la terminación del expediente en que se solicita, buscando en su lugar la aprobación de dicha venta.

El Proyecto de 1851, en su art. 1364, propuso un precepto análogo, y algunos Códigos modernos extranjeros se ocupan del caso de separación de bienes y no de la administración de todos los correspondientes al matrimonio, de los que prescinden por completo.

Concuerda con los arts. 1791 del Código de Veracruz-Llave, 1759 del de Chile, 1941 del del Uruguay, igual al nuestro; 1248 del de la República Argen-

Digitized by Google

tina, 2225 del de México, 2092 del de la Baja California, y 2225 del de Campeche; mientras que los arts. 1449 del de Francia, 1424 del de Italia, 1449 del de Bélgica, 249 del de Holanda y 2410 del de la Luisiana se refieren á la separación de bienes, confiando la libre administración de los suyos á la mujer y determinando que la dote permanecerá inalienable, y que la cantidad que la mujer reciba en pago de la misma, será dotal y deberá emplearse con autorización judicial.

Art. 1443. Se transferirá á la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el art. 225 y cuando los Tribunales lo ordenaren en virtud de lo dispuesto por el art. 1441; pero quedando sujeta á lo determinado en el párrafo segundo del artículo 1434.

Trátase en este artículo de la administración que á la mujer se transfiere de su dote en el caso en que su marido fuese declarado pródigo, pues según el art. 225 de este mismo Código, entonces la mujer no solamente administrará los bienes dotales y parafernales, sino que tambien los propios de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal, si bien para enajenarlos necesitará autorización judicial. En el mismo artículo se hacen ligeras indicaciones de que la administración de su dote se transfiere también á la mujer en los casos á que se refiere el art. 1441, y claro está que si por lo expuesto en dicho artículo se le transfiere la administración de todos los bienes del matrimonio, con mayor razón ha de encomendársele la de su propia dote; y, minucioso en extremo el legislador al tratar de esta materia, viene á repetir en este artículo lo expuesto en el 1641 y sus concordantes, exponiendo aquí, por decirlo así, la especie que ya estaba consignada dentro del género á que se refiere aquel artículo, puesto que allí se trata de la administración de los bienes matrimoniales dentro de los cuales debe comprenderse lo mismo la dote que los maritales, que los mismos gananciales; y en el 1413, que al presente comentamos, se refiere sólo á la administración de la dote, ó sea á una parte de aquel todo.

Y por último, en la conclusión de este artículo se repite lo expuesto en el apartado tercero del art. 1436 con relación á las obligaciones que el marido y la mujer contraen de atender recíprocamenté á su sostenimiento durante la separación, y al sostenimiento y educación de sus hijos en proporción de sus bienes respectivos, según previene el art. 1434 anteriormente citado.

El Proyecto de 1851, en su art. 1365, proponía un precepto análogo; y concordancias vemos en el art. 1792 del Código de Veracruz Llave, 1953 y 1955 del del Uruguay, y 1223 del de Portugal

Digitized by Google

DISPOSICION GENERAL.

Art. 1444. La mujer no podrá enajenar ni gravar, durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido.

La licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia ó necesidad de la enajenación.

Cuando ésta se refiera á valores públicos, ó créditos de Empresas ó Compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave ó inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de agente ó corredor, podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto, hasta que recaiga la aprobación del Juez ó Tribunal competente.

El agente ó corredor responderán siempre personalmente de que se haga la consignación ó depósito á que se refiere el párrafo anterior.

Al comentar el art. 1442 digimos ya cuanto comprende el que al presente nos ocupa, pues realmente aquel artículo no podia tratarse bien sin desentrañar la disposición general del que ahora comentamos.

En el caso de administración de todos los bienes del matrimonio existen aún mayores motivos de precaución, por cuanto comprende no sólo los bienes propios de la mujer y los gananciales, sino también los del marido, y de la gráfica expresión de inmuebles que se usa en este artículo al vedar su enajenación y gravámen durante el matrimonio sin licencia judicial, se desprende que la mujer á quien se ha transferido la administración puede enagenar los bienes muebles que administrare como los que le hubieren correspondido en caso de separación, porque de no ser asi, este artículo hubiera prohibido á la mujer enajenar toda clase de bienes durante el matrimonio, gravar los inmuebles y dar en prenda los muebles. Pero aunque no tuviéramos la razón del silencio en nuestro apoyo, tendriamos una razón de analogía, y es la de que el marido puede enajenar los bienes muebles que tiene en administración aunque éstos sean dotales.

Comprendemos bien la diferencia por cuanto los bienes inmuebles son generalmente de más valor y su fácil enajenación pudiera perjudicar notablemente los intereses de una familia, mientras que los bienes muebles no tienen generalmente el valor de aquellos ni dan de ordinario un producto como los

Digitized by Google

inmuebles, con lo cual puedan llenarse las necesidades de la familia; y por esto indudablemente los Códigos todos han hecho objeto de excepciones varias y restricciones mil las enajenaciones de bienes inmuebles tanto respecto de los bienes matrimoniales que se confian a la administración de la mujer como los de la dote de la misma, como los pertenecientes á menores é incapacitados sujetos á tutela.

Ya hemos expuesto las formalidades que han de seguirse para el otorgamiento de la licencia judicial y la necesidad que para obtenerla existe de que se justifique la conveniencia ó la necesidad de la enajenación. Ya hemos dicho también cómo ha de hacerse ésta cuando se refiere á valores públicos ó créditos de Empresas y Compañías mercantiles, en cuyas ventas ha de intervenir Corredor ó Agente, y cuyo producto ha de depositarse judicialmente hasta que recaiga aprobación del Tribunal competente. Sólo falta indicar que con arreglo al precepto que comentamos, el Agente ó Corredor que interviene en las referidas ventas, responde personalmente si no se efectúa el depósito indicado, cuya responsabilidad seguramente la consignó el legislador para que dichos funcionarios, en cumplimiento de su deber y por evitar perjuicios consiguientes, compelan á los interesados á dicho depósito, ó lo efectúen por sí con intervención de aquéllos, pues si no se exigiese esta responsabilidad sería ilusoria la formación del expediente de aprobacion y las ventas se realizarian sin las formalidades legales necesarias.

El Proyecto de 1851 en su artículo 1366 propuso un precepto análogo al primer apartado del artículo que comentamos: los demás extremos son nuevos en nuestra legislación, y se relacionan algún tanto con diferentes preceptos del Código de Comercio, entre ellos los de los arts. 11, 12, 102, 104, 107, 108 y 110, teniendo también alguna relación con los arts. 61 y 334 de este Código.

Concuerda con los arts. 1449 del Código de Francia, 249 del de Holanda, 1449 del de Bélgica, 1759 del de Chile, 1175 del de Guatemala, 1477 del de Bolivia, 2410 del de la Luisiana, 1793 del de Veracruz-Llave, 2226 del de México, 2093 del de la Baja California y 2226 del de Campeche.

Digitized by Google

TÍTULO IV.

Del contrato de compra y venta.

CAPITULO PRIMERO.

De la naturaleza y forma de este contrato.

Art. 1445. Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga á entregar una cosa determinada y el otro á pagar por ella un precio cierto, en dinero ó signo que lo represente.

Dejamos constituida ya la familia bajo el punto de vista especial que la misma fundamenta la sociedad conyugal en sus aspectos convencional y legal, para entrar en los contratos, empezando por el de más frecuente uso y el de más inmediatas y trascendentales consecuencias, siendo por su naturaleza el que más se conforma con el carácter de transmisibilidad, individualismo y libertad que distingue á la moderna propiedad.

Mas no todos los Códigos observan este orden en el estudio de los contratos; pues algunos, por la estrecha relación sin duda que entre las capitulaciones matrimoniales y el contrato de sociedad existe, tratan de ésta inmediatamente después de la sociedad conyugal, si bien otros, influidos aún por las reminiscencias de la antigua división romana de contratos reales, verbales, literales y consensuales, siguen esa misma razón de método, no ocupándose de la compra y venta hasta que entran en el estudio de los contratos consensuales, sin fijarse en que, bajo la más técnica acepción de la palabra, todos los contratos dependen del consentimiento de los que lo celebran, y por lo mismo, no pueden menos de considerarse como consensuales, mucho más hoy que han desaparecido todas las sutilezas del antiguo derecho romano y que ni la tradición de las cosas, ni la congruencia en las frases de la estipulación, ni el título en que se consigna lo paccionado constituyen la esencia del contrato, sino que son meros accidentes, fórmulas del mismo, y aún si nos fuese permitido, podríamos decir la vestidura ó el traje diario del contrato que en esta época tiene una tendencia generalmente adoptada, y es la que más se aproxima al literal ó escriturario, salvo en las negociaciones ordinarias comerciales.

Digitized by Google

De todos modos, generalizada la idea de un tipo del precio de la enajenación bajo la forma de moneda, que cuanto más universal se haga, más ha de facilitar la contratación, no cabe duda que hoy, mediante esa representación ó medida del valor de las cosas, se facilitan notablemente los cambios y la satisfacción de las necesidades de la vida práctica, dando un carácter vigoroso y trascendental al contrato de compra y venta, que como hemos indicado antes, es el de más importancia y el de uso más frecuente de todos los contratos; por lo cual, constituida ya la familia bajo las capitulaciones matrimoniales naciendo en ella la base de la sociedad y el sugeto del derecho, la razón de método racional aconseja que tras del desarrollo de la personalidad que ha de contratar venga á estudiarse el contrato más frecuente y de mayor importancia, que es el de compra y venta.

Hechas estas ligeras consideraciones al objeto de explicar el porqué del orden que en este Código se sigue en el estudio de los contratos, hemos de empezar á decir algo aun que poco del primer articulo que encabeza el capitulo primero de este titulo, ó sea el 1445 de nuestro Código.

A pesar de que vemos en el legislador cierta tendencia á huir de las definiciones, vemos que con relación al contrato se ha desviado de su costumbre; pues en el articulo que nos ocupa puede decirse que realmente se define el contrato de compra y venta, expresando que es aquel en el que uno de los contratantes se obliga á entregar una cosa determinada, y el otro á pagar por ella un precio cierto en dinero ó signo que lo represente. Se ve, por lo tanto, que dicho contrato de compra y venta es esencialmente consensual como todos, y bilateral por las personas que lo forman ó que lo contraen y las obligaciones que del mismo nacen.

Sin detenernos en buscar su origen en la permuta por cuanto mientras no hubo una medida reguladora de valores llamada moneda no podia existir la verdadera compra y venta, sino el cambio de las cosas que á uno le hacian falta por las que otro necesitaba, hemos de exponer sólo que en el contrato de compra y venta tienen que concurrir necesariamente tres cosas, ó sea lo vendido, su precio, y el consentimiento de las personas que entregan la cosa vendida y de las que dan por ella su precio, perfeccionándose cuando ese consentimiento de unas y otras personas converge acerca de la cosa y el precio, y consumándose cuando entregada la cosa vendida al comprador éste hace pago de la misma con la entrega de su precio.

Ya el Digesto en la ley 5.ª, párrafo 1.º, tit. 5.º, lib. 19, proponia en la generación de este contrato los elementos que acabamos de indicar, como lo propuso la ley 1.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª: *Si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est.*

Y analizando dicha definición, hemos de expresar que, según ella y de conformidad con el buen sentir, cada uno de los contratantes se obliga, porque de

Digitized by Google

no obligarse no habria perfección; si bien esta obligación puede estipularse se entienda contraida desde el momento en que se manifiesta ya verbalmente ya de cualquier otro modo, puede no ser perfecta ni obligatoria sin escritura pública cuando para ciertos contratos así se exige, y puede así mismo no existir cuando las partes no quisieron contraer sino *in scriptis*, ó cuando su consentimiento fué condicional. La obligación que contrae el vendedor de entregar la cosa, es una consecuencia natural del contrato y de la perfección del mismo, así como su saneamiento respondiendo al comprador de la posesión pacífica de la cosa vendida. Y el precio de la cosa también es indispensable, porque sin él no habria verdadera compra y venta, pues como dice el Digesto en la ley 2.ª, párrafo 1.º, tít. 1.º, lib. 18: *sine pretio nulla venditio est*. Es más, este precio ha de ser cierto y ha de consistir en dinero ó signo que lo represente, pues de no ser cierto ni consistir en dinero, billetes de Banco ú otro signo que represente numerario, no podria haber tal contrato de compra y venta, sino verdadera permuta; si bien no se privará de su verdadero carácter al contrato de compra y venta cuando habiéndose fijado un precio en dinero después las partes hayan pagado con otros efectos, prévio convenio entre ellas.

Hay que tener en cuenta que el contrato de compra y venta, no solamente se rige por las disposiciones del derecho civil, sino también por las del derecho mercantil, por cuanto tiene este carácter el que se refiere á las cosas muebles al objeto de revenderlas bien en la forma que se compraron, bien con un cambio de forma, pero siempre con ánimo de lucrarse en la reventa; por esto no pueden considerarse contratos mercantiles las compras de los efectos destinados al consumo del comprador y su familia, las ventas hechas por los propietarios, labradores y ganaderos de los frutos y productos de sus cosechas, las ventas de objetos construidos por artesanos en sus talleres, y la reventa que haga cualquiera que se dedique al comercio de los acopios que hiciera para su consumo y le sobrasen.

Precedentes encontramos en las citadas leyes del Digesto, y en las 19, tít. 1.º, lib. 19; 30, párrafo 1.º, tít. 1.º, lib. 19; 1.ª, párrafo 13, tít. 3.º, lib. 16, y 36 y 38, tít. 1.º, lib. 18 del mismo Digesto; tít. 24, lib. 3.º de las Instituciones; leyes 7.ª, tít 64, lib. 4.º; 9.ª, tít. 44, lib. 4.º; 3.ª, 9.ª y 10.ª, tít. 38, lib. 4.º del Código romano; leyes 1.ª, 6.ª, 9.ª, tít. 5.º, Part. 5.ª y la generalidad de dicho título.

El Proyecto de 1851, en su art. 1367, proponia un precepto idéntico, si bien en aquél se decía solo que el precio fuese cierto y en dinero, mientras que nuestro Código dice en dinero ó signo que lo represente: y en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1252, 1254, 1261 y 1271 al 1273 de este mismo Código que tratan de los contratos, de sus requisitos esenciales y del objeto de los mismos; así como con los arts. 325 y 326 del Código de Comercio, de los que se deduce cuando la venta se reputará mercantil y cuando quedará exceptuada de tal concepto.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1582 y 1591 del Código de Francia, 1447 y 1454 del de Italia, 1582 y 1591 del de Bélgica, 1544 del de Portugal, 1793 del de Chile, 1794 del de Veracruz-Llave, 1323 del de la República Argentina, 1427 y 1436 del de Nápoles, 2414 del de la Luisiana, 1112 del de Vaud, 1493 y 1501 del de Holanda, 1622 del del Uruguay, 1476 del de Guatemala, 2939 del de México, 2811 del de la Baja California y 2939 del de Campeche.

Art. 1446. Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes.

No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero ó su equivalente; y por venta en el caso contrario,

El legislador ha previsto en este artículo el caso en que el precio de la cosa no consistiere precisamente en dinero todo él, sino en otros efectos, y como no popia menos de determinar, ha preceptuado para salvar tal inconveniente, que primero se esté á la intención de los contrayentes, y cuando ésta no constare, se conceptúa como compra ó permuta según predomine el valor del dinero ó de los efectos que se den en pago de la cosa transferida. Esto mismo en la esencia viene á encontrarse en sus precedentes ó sea en las leyes 6.ª, tit. 54; 1.ª, tit. 64, lib. 4.º del Código romano, y 6.ª, párrafo 1.º, tit. 1.º, lib. 19 del Digesto; como se encuentra también en las leyes 1.ª, tit. 11, lib. 3.º del Fuero Real, y 1.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, siendo esencialmente idéntico el precepto que propuso el Proyecto de 1851, en su art. 1368; y estando en relación con los artículos 1281 al 1289 y 1538 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1356 del Código de la República Argentina, 1545 del de Portugal, 1795 del de Veracruz-Llave, 1496 del de Guatemala, 1794 del de Chile, 1623 del del Uruguay que es idéntico al nuestro, 2940 del de México, 2812 del de la Baja California y 2940 del de Compeche.

Art. 1447. Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia á otra cosa cierta, ó que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si ésta no pudiere ó no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato.

Busca el legislador la manera de señalar el precio cierto, y como no siempre se determina éste de un modo claro y expreso, procura que pueda servir de base la referencia á otra cosa cierta; de manera que puede haber precio en

Digitized by Google

cosa verdadera y precio cierto con referencia á una cosa existente y determinada; pero nosotros, realmente, comprendiendo como comprendemos que ante las sutilezas del derecho romano hubiera necesidad de prevenir estos verdaderos geroglificos que en nada contribuyen á facilitar la contratación, no vemos hoy la verdadera necesidad de tales preceptos, puesto que, requiriéndose en la contratación claridad, fijeza y facilidad, todo lo que no sea determinar de un modo claro y evidente el precio de la cosa vendida, viene á envolver en el caos y en la confusión lo que claro y evidente debe aparecer siempre, por lo cual nosotros creemos que el precepto que comentamos debe entenderse de un modo restrictivo, y que la referencia ó cosa cierta de que en el mismo se trata debe ser palpable y no debe dejar lugar á dudas, pues los distingos y las sutilezas que entrañan la ley 7.ª, párrafo 1.º, tit. 1.º, lib. 10 del Digesto; la ley 15.ª, tit. 38, lib. 4.º del Código Justinianeo; párrafo 1.º, tit. 24, lib. 3.º de las Instituciones; párrafo 6.º, tit. 16, lib. 3.º de las mismas; leyes 9.ª y 10.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª y ley 12.ª, tit. 11 de la misma Partida, no se avienen bien con la manera de ser de nuestra época y con la facilidad y sencilla, pero segura, expresión que en el dia tienen los contratos.

Prevé además este artículo el caso en que se deje el precio al arbitrio de persona determinada; y nada tiene de particular esto, porque si basta que el precio sea cierto con referencia á cosa cierta, aun ignorada por las partes, no puede menos de ser suficiente el que se señale con referencia á persona determinada en quien ambas partes depositen su confianza, pues en este caso todo depende de la elección de la persona y en igualdad de circunstancias se encuentran ambos contrayentes para elegirla; mientras que en el caso primeramente indicado, corren un albur ambos contrayentes remitiéndose á cosa absolutamente ignorada por los dos, ó, lo que es peor, conocida solamente por uno de ellos, en cuyo caso habria una desigualdad tal, que podria conducirles á un verdadero contrato leonino.

Previene el último apartado de este artículo que si la persona determinada á cuyo arbitrio se deja el señalamiento del precio, no pudiere ó no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato; y asi debe suceder necesariamente como debe sostenerse la misma ineficacia cuando no se encuentra dinero en el arca de referencia ó la cosa no fué comprada sino donada, y en una palabra, siempre que resulte que no hay precio cierto, ni aun incierto; sin que en ninguno de estos casos pueda ninguno de los contratantes compeler al otro al nombramiento de un tercero, puesto que la cuestión de confianza no se impone ni imponerse puede en manera alguna.

Nosotros, apartándonos de las respetabilísimas opiniones de algunos publicistas que han dado en sostener cuestiones y suscitar dudas acerca de preceptos que ya no están en vigor, hemos de sustentar nuestra opinión contraria combatiendo, siempre que se nos presente ocasión, la oscuridad ó la duda en el

Digitized by Google

precio de la cosa objeto de la compra y venta y en el consentimiento claro y expresivo de los contrayentes acerca de los referidos elementos de contrato cosa y precio; creyendo que lo contrario es demostrar un escesivo respeto al derecho histórico ya caducado, y, comparando épocas y situaciones entre las cuales no cabe comparación alguna, sostener en el derecho moderno bajo pretesto de una desmesurada y mal entendida veneración hacia lo que fué, las sutilezas insostenibles del antiguo derecho.

El Proyecto de 1851, en su art. 1369, propuso un precepto idéntico; y concordancias vemos en los arts. 1592 del Código de Francia, apartado 2.° del artículo 1454 del Código de Italia, 1501 del de Holanda, 1440 del de la Luisiana, 1437 del de Nápoles, 1598 del Sardo, 1592 del de Bélgica, 1492 del de Guatemala, 1808 y 1809 del de Chile, 1628 del del Uruguay, 1547 del de Portugal, 1796 del de Veracruz-Llave que es igual al nuestro; 1349 y 1350 del de la República Argentina, 2941 al 2943 del de México, 2813 al 2815 del de la Baja California, 2941 al 2943 del de Campeche, y 1864 del de Colombia, sin que se vea gran unidad entre los diferentes Códigos extranjeros citados, pues mientras los de Francia, Italia, Holanda, Bélgica, Uruguay, Veracruz-Llave, Chile, México, Baja California y Campeche están acertados en cuanto puede estarse tratando de un precepto tan original como el que nos ocupa, y refiriéndose principalmente á la designación del precio por un tercero, los demás llegan al extremo de indeterminar el precio con la fraseología de sus preceptos, y el de Portugal se extrema de tal manera que preceptúa pueden los estipulantes convenir en que la determinación de la cosa vendida quede pendiente de elección, ya se haga por uno de ellos, ya por un tercero, después de haber prescrito que los estipulantes pueden convenir en que el precio de la cosa sea el que tuviere en cierto dia ó en tal mercado ó lugar, lo cual podia convenir perfectamente á las operaciones bursátiles, por cuanto los precios de cotización de unos mismos valores fluctúan constantemente y pueden ser distintos á la vez en diferentes poblaciones, dándose en ellos más al azar que á la seguridad de los contratos ordinarios de compra y venta, respecto de los que no podemos menos de insistir en que para que el precio sea cierto y haya verdadero consentimiento, se hace indispensable que ambos contrayentes conozcan por igual la cosa y el precio, porque de lo contrario no podia haber confluencia de voluntades acerca de esos dos elementos del contrato; y ante el derecho civil en el de compra y venta debe haber siempre cosa real y efectiva, precio cierto y convención sobre los mismos por parte de los contratantes.

Art. 1448. También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado

Digitized by Google

dia, Bolsa ó mercado, ó se fije un tanto mayor ó menor que el precio del dia, Bolsa ó mercado, con tal que sea cierto.

El precepto de este artículo se comprende perfectamente y se vé en él la tendencia á sujetar á los contrayentes al precio general que en Bolsas ó mercados tuvieran en determinado dia los efectos fungibles y que se cotizan á precios medios, cuya alteración es conocida diariamente por los que se dedican á tales operaciones, dejando algo á la suerte en el éxito de sus negocios, pero siempre bajo la certeza del tipo del precio que como general pasa; es, en una palabra, vender á precios corrientes en las plazas ó poblaciones en que se ejecutan esos contratos de compra y venta, ó que se fijan por los contratantes al perfeccionar el contrato.

El Proyecto de 1851 en su art. 1370 propuso un precepto análogo; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sienta igual doctrina: teniendo alguna relación el precepto que nos ocupa, en cuanto á la distinción de bienes muebles fungibles y no fungibles, con el art. 337 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1627 del Código del Uruguay en su apartado 3.°, 1808 del de Chile en su párrafo 3.°, 1797 del de Veracruz-Llave, 1353 del de la República Argentina, 2944 del de México, 2816 del de la Baja California, 2944 del de Campeche, 1599 del Sardo; viéndose más que concordancias analogias en los de México, Baja California y Campeche; y refiriéndose todos á la venta de cosas muebles fungibles, acerca de las cuales se fijan precios corrientes en plaza: pudiendo conceptuarse como cierto también el precio según el Código argentino cuando se señala un tanto más ó menos que el precio corriente de plaza en un dia determinado, el cual se justificará por certificaciones de los corredores ó donde no hubiera éstos por testigos.

Art. 1449. El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Se dijo en lugar oportuno que lo que es de esencia en los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes, porque entonces no habria verdadero consentimiento; y el artículo que al presente nos ocupa viene precisamente á corroborar el principio anteriormente expuesto: asi se desprende de lo prescrito en las leyes 15, tit. 38, lib. 4.° del Código Justinianeo; 7.ª y 35, párrafo 1.°, lib. 8 del Digesto; 9.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; y lo mismo propuso el art. 1371 del Proyecto de 1851; estando en relación el que nos ocupa con los arts. 1250, 1256, 1261 y otros de este mismo Codigo.

Concuerda con los arts. 1591 del Código de Francia; párrafo 1.° del 1454 del de Italia; 1591 del de Bélgica, 1627 del del Uruguay en su apartado 1.°; pa-

Digitized by Google

rrafo 2.º del 1809 del de Chile, 1798 del de Veracruz-Llave, 2945 del de México, 2817 del de la Baja California y 2945 del de Campeche.

Art. 1450. La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

Ya hemos dicho anteriormente que la perfección del contrato de compra y venta nace del consentimiento ó sea de la convergencia de las voluntades de los contratantes acerca de la cosa vendida y de su precio, y una vez que se haga constar de cualquier manera que sea tal convenio, una vez que se justifique ese consentimiento en relación con los otros dos elementos del contrato, cosa y precio, se desprende como consecuencia natural la obligación en el vendedor de entregar la cosa, y en el comprador de satisfacer el precio estipulado; pudiendo decirse técnicamente que la compra y venta se consumó desde que se realizaron los expresados actos.

Precedentes encontramos en las leyes 8.ª, tit. 6.º, lib. 18 del Digesto, tit. 14, lib. 3.º de la Instituta y 1.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª; habiéndose propuesto un precepto idéntico en el art. 1372 del Proyecto de 1851.

Vemos idénticos preceptos en los arts. 2946 del Código de México, 2818 del de la Baja California, 2946 del de Campeche, 1799 del de Veracruz-Llave; y son esencialmente iguales al que comentamos, aunque con algunas excepciones, el 1801 del Código de Chile, que después de consignar igual precepto que el nuestro respecto á la perfección de la venta, añade la excepción de la venta de bienes raices, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria que no se reputa perfecta ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública; salvando de dicha excepción los frutos y flores pendientes los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va á derribarse, y los materiales que naturalmente se adhieren al suelo; el 1625 del Código del Uruguay que contiene en su núm. 1.º, la misma excepción que el anterior, extendiendo tal disposición á la promesa de venta de los sobredichos bienes, y preceptuando en su núm. 2.º que si los contratantes estipularen que las ventas de otras cosas distintas de las enumeradas antes, no se consideren perfectas hasta el otorgamiento de escritura pública ó privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura ó no haya principiado de comun acuerdo la entrega de la cosa vendida.

Tiene alguna analogía con el precepto que comentamos el art. 1490 del Código de Guatemala, y son esencialmente iguales al nuestro los arts. 1494 del de Holanda, 1583 del de Francia, 1848 del de Italia, 1583 del de Bélgica y 1589

Digitized by Google

del de Portugal, haciendo este último la observación de que la venta de los bienes inmuebles solo producen efecto respecto de terceros, desde que se registra con arreglo á los preceptos marcados en el titulo respectivo.

Art. 1451. La promesa de vender ó comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho á los contratantes para reclamar reciprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para el vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro.

El legislador en este articulo prevé el caso de que habiéndose prometido la venta ó compra de una cosa con perfecta conformidad del precio de la misma y determinación de dicha cosa, no se llevare expontáneamente á efecto; es decir, que ha previsto el verdadero caso en que habiendo perfección efectiva, ó moral si se quiere, del contrato á que nos referimos, no hubiera prueba de dicha perfección legal, por no haberse consignado en documento alguno, ni haberse demostrado lo convenido ante personas que lo justifiquen más que en la forma de una promesa. Y para salvar todo perjuicio á que tales hechos pudieran dar lugar, preceptuase en este articulo que los contratantes tienen derecho de reclamar reciprocamente el cumplimiento del contrato, y para el caso de no poder llevarse á efecto la promesa de compra y venta, regirá para el vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto en este libro acerca de las obligaciones y contratos, es decir, que el culpable será responsable de los daños y perjuicios que por la falta de cumplimiento se irrogasen.

Y esto es de buen sentido; la promesa formal hecha de manera tal, que aparezca claramente que el que la hace quiere quedar obligado, y aceptada por la otra parte (porque de lo contrario no podría haber convenio), equivale á un contrato perfecto, porque la conformidad supone aceptación, supone acuerdo; y existiendo los tres elementos esenciales del contrato de compra y venta, consentimiento, cosa, y precio cierto, no puede ménos de conceptuarse perfecto, como se perfecciona la promesa de compra y venta en las mismas condiciones, y por consiguiente produce fuerza de obligar al cumplimiento de lo que se ofreció en la manera antedicha; pero la promesa, tenga ó no tiempo limitado para su ejecución, mientras no se realiza, deja la cosa á riesgo del que prometió su venta, y para él pereceria si llegase este caso, porque no es por solo la promesa de efectuar el contrato deudor de la cosa objeto de dicha compra y venta, sino simplemente deudor del acto prometido, ó sea de la celebración del contrato.

Digitized by Google

Por eso el célebre Pothier dice que no es lo mismo la promesa de vender que la misma venta. Y conforme con tal teoría se determina en el art. 1451 que comentamos, diferenciándose en esto de lo que propuso el art. 1373 del Proyecto de 1851, pues allí se decía que la promesa de vender ó comprar habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale á un contrato perfecto de compra y venta; pero para ser válida deberá estar hecha en escritura pública, si la venta es de bienes inmuebles.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, relacionándose más ó ménos directamente el precepto que nos ocupa con los arts. 1254, 1258 y 1261 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1589 de Francia, 1595 del Sardo, 1589 del de Bélgica, 1436 del de Nápoles, 1800 del de Veracruz-Llave, que es igual al del Proyecto citado, 1548 del de Portugal, que es muy parecido en su esencia al anterior, 936 del de Austria, que previene que la promesa de realizar un contrato es obligatoria durante un año, 2947 del de México, 2819 del de la Baja California y 2947 del de Campeche; preceptuando los tres primeros Códigos extranjeros citados, que la promesa de vender constituye venta después de haber convenido mútuamente las dos partes, respecto de la cosa y el precio; mientras los tres últimos que se citan prescriben que para que la simple promesa de compra venta tenga efectos legales, es menester que se designe la cosa vendida, si es raíz ó mueble no fungible; y en las cosas fungibles bastará que se designe el género y la cantidad, debiendo fijarse el precio en uno y otro caso.

Art. 1452. El daño ó provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182.

Esta regla se aplicará á la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, ó sin consideración á su peso, número ó medida.

Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número ó medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado ó medido, á no ser que éste se haya constituido en mora.

Después de lo expuesto al tratar de los arts. 1096 y 1182 de este mismo Código, poco ó nada habría que expresar acerca del primer apartado del art. 1452 que al presente estudiamos. Es evidente que desde que el contrato de compra y venta se perfeccione, el daño ó provecho que la cosa vendida experimente correr debe de cuenta del comprador, quien tiene derecho á reclamar del vendedor lo que determinado objeto fué de la venta, ó no habiendo determinación

Digitized by Google

más que de género á que á sus expensas se le entregue otro tanto igual de lo estipulado si la venta fuere de cosa genérica ó indeterminada, quedando responsable el vendedor si en mora incurriese, así como lo sería el comprador si la cosa se perdiere ó destruyere sin culpa del vendedor, y antes de haberse constituido en mora, pues quedará extinguida la obligación, atendiendo al precepto del art. 1182.

Innovado se ve por estos artículos cuanto se prescribía en las leyes del derecho romano y de nuestro antiguo derecho patrio (leyes 2.ª, tit. 48, lib. 4.º del Código romano; 62.ª, párrafo 2.º; 35.ª, párrafo 5.º, tit. 1.º, lib. 18 del Digesto; 23.ª, 24.ª, 25.ª, 27.ª y 39.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª), si bien por virtud de dichas disposiciones, el peligro, el daño y el provecho de la cosa vendida eran de cuenta y riesgo del comprador desde que se perfeccionó el contrato por el consentimiento en la cosa y en el precio, aun cuando hasta la entrega de la cosa no adquiría su propiedad, en la que continuaba el vendedor mientras no mediara la tradición, cosa que realmente implicaba un contrasentido y una palmaria contradicción con el inconcuso principio de derecho, *res suo domino perit*; pues si las cosas perecen para su dueño, parecía lo natural que se conceptuasen ya, como se conceptúan hoy, desde la perfección del contrato, como del comprador las cosas objeto del mismo, y no que se sostuviesen los antogónicos principios que se veían en el párrafo 3.º, tit. 24, lib. 3.º de las Instituciones de Justiniano, y en las leyes 7.ª y 8.ª, tit. 6.º, lib. 18 del Digesto, y 23.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª; pues realmente la propiedad de la cosa no puede ser más que nominal en el vendedor desde que se perfecciona el contrato de compra y venta, ó una verdadera detentación hasta cierto punto, pues desde aquel instante del perfeccionamiento, el vendedor es un verdadero deudor de la cosa al comprador, quien puede compelerle en juicio á que se la entregue; y ya sabemos, y así lo hemos dicho repetidas veces, que, según lo que el art. 1182 de nuestro Código preceptúa, el deudor de cosa cierta y determinada extingue su obligación por la pérdida ó destrucción de la cosa adeudada, sino hubiere por su parte culpa, ni se hubiere constituido en mora; lo cual significa bien claramente que las cosas perecen para su dueño, y que el comprador, desde la perfección del contrato debe conceptuarse como dueño de la cosa comprada: *qui actionem habet ab rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*, (núm. 15 de *regulis juris*).

El último apartado del art. 1452 que nos ocupa, está conforme con la ley romana, y con la 25.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, pues dice ésta: *Ayuntadamente á vista, non las pesando, non las midiendo*, pues no se refiere á las cosas que aisladamente se venden, sino á las que en junto se venden por un precio alzado, sin consideración á su peso, número y medida de las que trata el apartado 2.º del artículo que comentamos; mientras que respecto de las cosas fungibles que se venden por un precio fijado con relación al peso, número y medida, no puede imputarse el riesgo al comprador sino después de haberlas pesado, con-

Digitized by Google

tado ó medido, á excepción hecha de la incursión en mora por parte del comprador.

De manera que sin recordar aquí las teorías sustentadas muy lógicamente por escritores tan eminentes como Puffendorf y Barbeyrac, y las diversas opiniones de Gregorio López y Voet, fijándonos únicamente en los preceptos del artículo que comentamos resulta sencillo y claro, pues sienta una regla general acerca del daño y provecho de la cosa vendida, después de la perfección del contrato; regla que se armoniza perfectamente con las bases sobre que se fundan las obligaciones todas, suponiendo que la propiedad de la cosa vendida pertenece de derecho al comprador desde dicho perfeccionamiento; y luego en los apartados siguientes aplica esa regla á los efectos fungibles objeto de la compra y venta, según que se hayan comprado sin consideración á su peso, número y medida, ó que hayan sido vendidos con relación á ese peso, número y medida; pues en el primer caso, no será necesario que se pesen, midan ó cuenten, para que los riesgos y beneficios corran de cuenta del comprador, mientras en el segundo caso será para ello indispensable esa medida, peso ó recuento.

El Proyecto de 1851, en su art. 1374, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que relacionado se encuentra con los arts. 337, 1096, 1100, 1101, 1182 y 1183 de este mismo Código, así como con los arts. 331 y 333 al 335 del Código de comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1585 y 1586 del Código de Francia, 1450 y 1451 del de Italia, 1585 y 1586 del de Bélgica, 1497 y 1498 del de Holanda, 1550 y 1551 del de Portugal, 1484, 1485, 1487 y 1488 del de Guatemala, 1643 al 1645 del del Uruguay, 1119 y 1126 del de Vaud, 1820 al 1822 del de Chile. 1339 al 1342 del de la República Argentina, 1801 del de la Baja California, 2950, 2952 y 2953 del de México, 2822, 2824 y 2825 del de la Baja California, y 2950, 2952 y 2953 del de Campeche.

Art. 1453. La venta hecha á calidad de ensayo ó prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condiciones suspensivas.

Sin recordar aquí lo que se expuso al tratar de las obligaciones suspensivas, porque conocido es de todos y no hay para qué repetir, debemos solo hacer presente que haciéndose la venta á gusto ó á prueba hay una verdadera condición y el contrato no queda perfecto bajo ninguno de los dos aspectos hasta que el comprador háyase dado por satisfecho de la cosa una vez reconocida, probada ó gustada.

Digitized by Google

Esto mismo lo encontramos prescrito en la ley 34, párrafo 5.°, tit. 1.°, lib. 18 del Digesto; y parecida prescripción se ve en los arts. 1587 y 1588 del Código de Francia, 1499 del de Holanda, 1452 y 1453 del de Italia, y 1587 y 1588 del de Bélgica; pues si bien en el holandés únicamente se previene que la venta á prueba, ó de cosas que se acostumbren á gustar préviamente, se presume hecha bajo condición suspensiva, en los otros tres Códigos citados se previene que respecto del vino, aceite y demás cosas que se acostumbra á probar antes de comprarlas, no queda ultimado este contrato hasta que el comprador las haya probado y reconocido como de la calidad convenida; considerando también dichos Códigos que la venta hecha con tal pacto debe presumirse siempre efectuada bajo condición suspensiva.

A pesar de la claridad de los preceptos que quedan sentados, se han suscitado dudas acerca de lo que prevenía la ley 4.ª, párrafo 1.°, tit. 6.°, lib. 18 del Digesto sobre compra y venta de vinos que hoy realmente no tienen razón de ser, como tampoco la tiene la que algunos exponen acerca de si siendo necesaria además de la condición de gustar, la del precio señalado por cada medida correrá el riesgo de lo ya gustado y probado por cuenta del comprador desde que como bueno aceptó el género, ó solo será de su cuenta y riesgo desde la medición. Y esto que ha dado lugar á que el célebre Voet y otros publicistas hayan emitido opiniones varias todas muy respetables pero siempre relativas á los preceptos que sobre el particular se encontraban en el Digesto, no tiene hoy razón de ser, por cuanto, sin más que recordar lo expuesto en el artículo anterior, se ha de decidir perfectamente toda cuestión; pues si gustado y aceptado el vino ó el aceite de una vasija se compra por una cantidad alzada sin consideración á su peso, número ó medida, dicho se está que el riesgo es del comprador desde el momento en que se aceptó; pero si el género aceptado se estipula que se compra por un precio fijo en relación al peso, número ó medida y conservando las condiciones que tenía al ser aceptado, es indudable que el riesgo á los perjuicios como su mejoramiento solo serán del vendedor hasta el dia en que ese peso ó medida se hiciere.

Precedentes encontramos en las disposiciones anteriormente citadas y en las leyes 24.ª y 25.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; relacionándose perfectamente el precepto que nos ocupa con los arts. 1114 y 1122 de este mismo Código y los artículos 327 y 328 del Código de Comercio.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1375, propuso un precepto análogo; y concuerda el que nos ocupa, no solo con los artículos ya citados de los Códigos de Francia, Italia, Holanda y Bélgica, sino con los arts. 1551 del Código de Portugal, 1802 del de Veracruz-Llave, 1646 del del Uruguay, 1484 del de Guatemala, 1821 del de Chile, 2434 y 2435 del de la Luisiana, 1432 y 1433 del de Nápoles, 1593 y 1594 del Sardo, 1336 del de la República Argentina, 2953 del de México, 2825 del de la Baja California y 2953 del de Campeche, en todos los cuales se

Digitized by Google

presume efectuado tal contrato de compra y venta bajo la condición suspensiva de si fuese del agrado personal del comprador.

Art. 1454. Si hubiesen mediado arras ó señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador á perderlas, ó el vendedor á devolverlas duplicadas.

El precepto que acaba de consignarse es contrario al que propuso el Proyecto de 1851 en su art. 1376, pues allí se prevenia que aunque hubiere mediado arras ó señal, no podria rescindirse el contrato por el hecho de allanárse el comprador á perderlas ó el vendedor á devolverlas duplicadas, lo cual se presentaba en manifiesta oposición á los preceptos del derecho romano, del cual parece haberse tomado el que nos ocupa, pues la tesis sustentada en éste es la misma que la del texto del tit. 24, lib. 3.° de la Instituta, y de la ley 17, tit. 21, lib. 4.° del Código Justinianeo; si bien los tratadistas de derecho romano suponen que tales preceptos no se referian al contrato ya perfecto, sino al comenzado y no perfeccionado; pero si asi hubiera sido no se hubiera dicho, como se decia, que les era permitido á los contratantes apartarse del contrato, ni mucho menos puede suscitar duda el precepto que comentamos, por cuanto en él se dice claramente que podrá rescindirse el contrato allanándose á perder las arras ó señal el comprador ó á devolverlas duplicadas el vendedor, y es bien patente que solo puede rescindirse lo que se perfeccionó, como solo puede dejar de ser lo que fué.

El Fuero Juzgo en su ley 4.ª, tit. 4.°, lib. 5.°, también se ocupaba, aunque con alguna obscuridad, de las arras ó señal; como se ocupó asimismo de dichas arras ó señal la ley 2.ª, tit. 10, lib. 3.° del Fuero Real, si bien esta disposición no permite al vendedor que recibió arras separarse del contrato, pero si al comprador le consiente dicha separación perdiendo la señal que hubiera dado: y por mas que algunos publicistas sostengan que no distingue dicho Fuero entre el contrato ya perfecto y el solamente principiado, nosotros creemos que desde el momento en que dice que se le permite separarse del contrato al comprador perdiendo las arras ó señal, se dá á entender que el contrato estaba perfeccionado primero, porque el contrato no es tal mientras no se perfecciona; y si solo bajo este aspecto puede decirse que hay contrato, donde se consiente la separación de este contrato, es evidente que lo hubo y que para haberlo tuvo necesariamente que perfeccionarse. Además que las arras ó señal no son mas que un medio de garantir el cumplimiento de lo estipulado, el cumplimiento del contrato por consiguiente, no en manera alguna el cumplimiento de lo que no se pactionó, no el cumplimiento de aquello en que no hubiera habido consentimiento acerca de la cosa y del precio de la misma: y por consiguiente, en

Digitized by Google

nuestro concepto, las arras ó señal no se refieren, ni pueden referirse á otra cosa que al contrato perfecto, pues si se refiriesen solamente á la promesa de un contrato, aquella promesa, habida que fuese su aceptación, implicaria la existencia de otra convención, origen quizá, del contrato de compra y venta ó de cualquier otro, pero estipulación al fin, también perfecta, con causa de obligar al cumplimiento de lo estipulado.

La ley 7.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, parece copiada de las disposiciones del derecho romano antes consignadas, y conviene perfectamente con el precepto del artículo 1454 que de nuestro Código nos ocupa.

Concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, principalmente en los arts. 1589 y 1590 del Código de Francia. 1596 del Sardo, 1589 y 1590 del de Bèlgica, 1500 del de Holanda, 1504 del de Guatemala, 1626 del del Uruguay, 1803 del de Chile, 2011 y 2012, tit. 5.º del de Prusia, 1548 del de Portugal, 1859 del de Colombia, 2948 y 2949 del de México, 2820 y 2821 del de la Baja California, 2948 y 2949 del de Campeche y 1803 del de Veracruz-Llave; debiendo tener presente que no todos los Códigos citados están conformes en que las arras ó señal se refieran á la promesa de vender ó á la ejecución de la venta perfeccionada; pues mientras los Códigos de Francia y Bèlgica después de haber expuesto en sus arts. 1589, que la promesa de vender constituye verdadera venta desde el momento de haber convenido las dos partes respecto de la cosa y el precio, cuya doctrina se ha sustentado por el Tribunal de Casación francés en infinidad de sentencias (entre otras las de 25 Julio de 1849, 14 Marzo de 1860 y 20 Enero de 1862), en el art. 1590 de los referidos Códigos se preceptúa, que si la promesa de venta se hubiere hecho con prenda ó señal, será dueño cada uno de los contratantes de arrepentirse, perdiendo las arras el que las haya dado y devolviendo el doble el que las haya recibido.

El Código de Portugal, en el artículo antes citado, viene á determinar que la simple promesa recíproca de compra y venta, acompañada de ajuste y determinación de la cosa constituye un convenio de prestación de hecho que se regirá por las reglas generales de los contratos, con la diferencia, sin embargo, de que si hubiere señal, la pérdida de ésta ó su devolución doblada quedará como compensación de daños y perjuicios. Y para que se patentice mas el proceloso rumbo por do caminan la mayor parte de los Códigos en este asunto, habremos de hacer presente que el Código de Guatemala, después de sentar en su art. 1503 que la promesa recíproca de compraventa hecha en los casos respectivos, conforme á las ritualidades que dicho Código fija para la venta, es obligatoria, pero que no es tal venta, ni transfiere el dominio, ni el riesgo ó provecho al comprador, viene á decirnos en su art. 1504 que si en esa promesa se dá alguna cantidad por arras, cualquiera de las dos partes puede revocar su consentimiento, perdiendo las arras el que las dió ó devolviéndolas dobles el que las recibió.

Digitized by Google

Pues bien, no es esto solo lo que de raro se encuentra al tratar de esta teoría en multitud de Códigos, puesto que expuestas ya las concepciones que informan los preceptos de algunos de ellos en que parece referirse mas bien á la promesa de contrato que al contrato mismo, al estudiar el Código de Holanda vemos que en su art. 1500, refiriéndose indudablemente á la venta perfeccionada, se determina que si la venta se hubiere hecho con prenda ó señal *no podrán los contrayentes arrepentirse, perdiendo las arras el que las haya dado ni devolviendo el doble el que las haya recibido.*

Conforme en la esencia con el Código de Holanda en conceptuar que las cantidades dadas en señal ó arras se refieren á los contratos perfeccionados, vemos que el citado art. 1626 del Código del Uruguay previene que las cantidades que con tales nombres se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y en signo de ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse del cumplimiento de dicho contrato perdiendo las arras, á no ser que los contrayentes convinieren en lo contrario, en cuyo caso deberán expresarlo así por cláusula especial del contrato; todo ello sin perjuicio de que se entienda siempre como se previene en el artículo anterior que por regla general la compraventa queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio.

Encontramos también otro precepto muy semejante al anteriormente indicado, en el que se presupone que las arras se han dado en señal de la perfección del contrato y como anticipo de parte del precio convenido, sin que los contrayentes puedan librarse del cumplimiento de sus respectivas obligaciones, el uno contra la voluntad del otro, perdiendo ó restituyendo según los casos dichas arras, á no ser que se dieren como pena al contrayente que se arrepienta, en cuyo caso perdiendo dichas arras el arrepentido, quedaría el contrato disuelto: este precepto es el del art. 1803 anteriormente citado del Código de Veracruz-Llave.

Una tésis parecida sostiene el Código de Chile en el artículo del mismo anteriormente citado, si bien distingue los casos en que las arras se dan en prenda de la celebración ó de la ejecucion del contrato, y entiende que cada uno de los contrayentes puede retractarse perdiendo las arras el que las dió y restituyendolas dobladas el que las recibió; pero en los artículos siguientes al 1803 de dicho Código se determina que si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual pudieran retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar á la retractación después de transcurridos los dos meses subsiguientes á la convención ni mucho menos después de otorgada la escritura pública de venta ó de principiada la entrega de la cosa: pero si las arras se dieron como parte del precio ó como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta.

En cambio, los tres últimos Códigos citados de México, Baja California y

Digitized by Google

Campeche, en los que tan elevados y filosóficos preceptos suelen encontrarse con relacion á todas las materias de que un Código Civil se ocupa, en esto se muestran extremadamente parcos reduciéndose á prescribir que en los contratos de compraventa que no se realizaren si hubiesen intervenido arras, perderá el comprador las que hubiese dado cuando por su culpa no se realizara el contrato, y el vendedor las devolverá duplicadas si fuere el culpable de que dicho contrato no se consumare.

Art. 1455. Los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y demás posteriores á la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario.

Nada sobre el precepto que se acaba de consignar debe decirse, pues es de buen sentido lo que en el mismo se previene, y natural parece que los gastos del otorgamiento de escritura sean de cuenta del vendedor á no ser que se pacte lo contrario, así como los de la primera copia y los posteriores á la venta que realmente benefician al comprador, sean de cuenta de éste: así ha venido observándose generalmente en la práctica; así se prescribe en varios Códigos extranjeros; y el Proyecto de 1851, en su art. 1387, proponia que todos los gastos de escritura, Registro y demás accesorios á la venta sean de cargo del comprador mientras no se estableciese lo contrario; como lo preceptúan los art. 1593 del Código de Francia, 1455 del de Italia, 1804 del de Veracruz-Llave, 1593 del de Bélgica, 1634 del del Uruguay, 1502 del de Holanda, 1552 del de Portugal, 1123 del de Vaud, 1438 del de Nápoles, y 1600 del Sardo; mientras el art. 1806 del Código de Chile prescribe que los impuestos fiscales ó municipales, las costas de la escritura y de cualesquiera otras solemnidades de la venta serán de cargo del vendedor si no se estipulare lo contrario: y en los arts 2954 del de México, 2826 del de la Baja California y 2954 del de Campeche se previene que los contratantes pagarán por mitad los gastos de escritura y Registro, salvo convenio en contrario.

Art. 1456. La enajenación forzosa por causa de utilidad pública se regirá por lo que establezcan las leyes especiales.

Nada de particular tiene el precepto que acabamos de consignar, toda vez que todas las legislaciones de los pueblos civilizados lo presuponen, y considerando la enajenación en general como una consecuencia de la libertad de la propiedad, la conceptúan también siempre libre y expontánea, excepción hecha de los casos en que la utilidad pública se sobrepone al interés individual, realizándose con este motivo uno de los fenómenos que nacen como conse-

Digitized by Google

cuencia del espíritu de asociación que en el hombre impera, y de la cesión tácita ó expresa que de sus propios derechos individuales hace en parte para contribuir á la formación de ese todo social cuya fuerza y protección le es necesaria y de derecho le corresponde, confiando en ella su propia defensa á los efectos de la vida normal. En este precepto se ve de un modo claro el eclecticismo que alimenta la vida práctica, haciendo armónica la relación entre dos opuestos intereses (considerados en absoluto), el del individualismo y el del socialismo, armonía que llega al presente á un estado tal, que dentro de ella apenas se ven perjudicados los más sagrados derechos individuales por la sociedad, ni los importantísimos derechos sociales por el individuo.

Precedentes encontramos en las leyes 11.ª, tit. 28, lib. 4.º del Código Justinianeo; 3.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª; 2.ª, tit. 5.º, Part. 2 ª, y 31.ª, tit. 18, Part. 3.ª: todas las cuales partían del supuesto de que nadie puede ser obligado á vender sus propias cosas sino para el caso de interés público; y en el mismo Digesto se encontraban ya casos especiales y determinados de expropiación forzosa, consignados en varias de sus leyes, especialmente en las 14.ª, tit. 6.º, 13.ª, tit. 4.º, lib. 8.º y 12.ª, tit. 7.º, lib. 11 de dicho cuerpo de derecho.

Las Constituciones todas del Estado se ocuparon de este particular, y el art. 10 de la hoy en vigor, sirve precisamente de base á todo lo que con posterioridad á su promulgación se ha legislado sobre expropiación por utilidad pública; y derivándose por lo tanto de dicho precepto constitucional la ley de 10 de Enero de 1879, el Reglamento de 13 de Junio de 1879, del Reglamento de 10 Marzo de 1881 para la aplicación de la ley de Expropiación al ramo de guerra en tiempo de paz, la Real orden de 10 de Mayo de 1881, el Real decreto de 4 de Julio de 1881 y demás disposiciones transcritas en el tomo segundo de nuestra obra (págs. 65 á 153), no pueden menos de considerarse éstas como el complemento de aquella.

El Proyecto de 1851, en su art. 1378, proponía un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1805 del de Veracruz-Llave, 2955 del de México, 2827 del de la Baja California y 2955 del de Campeche, pues aunque todas las naciones tienen sus leyes especiales sobre el particular, la mayor parte de sus Códigos omiten el tratar, ni aun por referencia, aquello que legislado está especialmente.

CAPITULO II.

De la capacidad para comprar ó vender.

Art. 1457. Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas á quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes.

Digitized by Google

La compra y venta es un contrato de *genere permissorum*, es de derecho común; y por consiguiente solo puede privarse de realizar dicho contrato por incapacidad declarada con arreglo á la ley, ó por prohibiciones parciales especialisimas que son las contenidas en este capitulo; en el que en primer termino se fija una regla general, una base, que conforme está con los principios de derecho natural, que consecuencia ineludible es de la libertad de la propiedad; siendo los dos arts. 1458 y 1459 que á este siguen los comprensivos de las excepciones parciales por la ley civil establecidas.

Cierto es que podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas á quienes la ley autoriza para obligarse, y como el comprador y el vendedor en este contrato solo pueden obligarse reciproca y mútuamente en cuanto á la cosa vendida y su precio, evidente es que uno ha de tener el dominio de lo que vende y el otro el precio que por ello ofrece; esto se presupone siempre, y el que bajo otro punto de vista gire sus argumentos contra el articulo que comentamos, concibe mal la idea del contrato que nos ocupa y comete una imperdonable redundancia al definir dicho contrato, expresando que solo puede vender el que tiene dominio en la cosa vendida y facultad para disponer libremente de ella, pues, repetimos, que esto se presupone siempre, como no puede menos de presuponerse que para extinguirse un derecho es indispensable su prévia existencia, que para la muerte fué precisa la vida. Es más, si el que vende no pudiera disponer de la cosa vendida, la nulidad del contrato se impondria; y la evicción y saneamiento vienen á demostrar que el legislador presupone en el vendedor la facultad de disponer de la cosa vendida, y buena prueba de ello es que todos los Códigos están conformes en esto con el nuestro, siendo muchos menos expresivos.

Precedentes encontramos en las leyes 13, párrafo 25, tit. 1.°, lib. 19 del Digesto, y 2.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª, y el Proyecto de 1851, en su art. 1379, propuso un precepto análogo; relacionándose el que nos ocupa con los de los arts. 1261 al 1265 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1594 del Código de Francia, 1456 del de Italia, 1594 del de Bélgica, 1515 del de Guatemala, 1795 del de Chile, 1559 y 1560 del de Portugal, 1357 del de la República Argentina, 1489 del de Nápoles, 1122 del de Vaud, 2120 del de la Luisiana, 1601 del Sardo, 1588 del de Bolivia, 1851 del de Colombia, 2965 y 2966 del de México, 2837 y 2838 del de la Baja California, 2965 y 2966 del de Campeche y 1806 del de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro, como lo son en la esencia el francés, el belga, el italiano, el de Chile, el de Guatemala y otros varios; mientras que el argentino considera que puede celebrar dicho contrato toda persona capaz de disponer de sus bienes, y toda persona capaz de obligarse puede comprar toda clase de cosas de cualquier persona capaz de vender, con las excepciones legales.

Preceptos análogos entraña el Código de Portugal en sus dos articulos cita-

Digitized by Google

dos, expresando en el primero que: puede vender todo aquel que no se halla legalmente impedido de disponer de sus bienes por razón de su estado ó de la naturaleza de la cosa: y en el segundo, que: puede comprar todo el que puede contratar: siendo completamente iguales al portugués los artículos citados de los de México, Baja California y Campeche.

Art. 1458. El marido y la mujer no podrán venderse bienes reciprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes, ó cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al capítulo 6.°, título 3.° de este libro.

La primera excepción que sienta nuestro Código á la libertad de contratación sustentada en el artículo anterior, es una consecuencia de lo que expuesto dejamos acerca de la constitución de la familia. El cap. 6.° del tit. 3.° de este libro, ó sean los arts. 1432 al 1444, que trata de la separación de bienes de los cónyuges y de la administración por la mujer durante el matrimonio, fija bien claramente cuando ésta podrá vender los bienes matrimoniales; los pactos consignados en las capitulaciones, pueden alterar algún tanto la regla general por la ley establecida; pero ordinariamente el marido y la mujer no pueden venderse bienes reciprocamente.

Ahora bien: ¿podrán venderse entre si sus propios bienes? No.

Y se comprende perfectamente, pues existe la misma razón que vemos para que éstas ventas no existan ó no prevalezcan, entre el tutor y su pupilo ó con las demás personas que tienen bajo su guarda y custodia y que administran sus bienes, puesto que nadie puede contraer consigo mismo, ni ser juez y parte en asunto propio; *nemo potest esse auctor in re sua.*

Ya dijimos en otro lugar qne ante la ley romana eran permitidos todos los contratos entre marido y mujer, por consiguiente lo fué el de compra y venta, á no ser que envolviera una simulada donación, prohibida por la ley (leyes 5.ª, párrafo 5.°; 35, párrafo 3.°, y 52, tit. 1.°, lib. 24 del Digesto); pues bien, la ley de Partida (ley 4.ª, tit. 11, Part. 4.ª), también prohibia las donaciones entre cónyuges y guardaba silencio sobre la compra-venta; pero luego se dictó la ley 55 de Toro, en la que se hicieron extensivas las prohibiciones á todos los contratos, confirmándose tales preceptos en la ley 11, tit. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y en el art. 43 y siguientes de la ley de Matrimonio.

El Proyecto de 1851, en su art. 1380, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1807 del Código de Veracruz-Llave, 1595 del de Francia, 1564 del de Portugal, 1595 del de Bélgica, 1796 del de Chile, 1638 del del Uruguay casi igual al anterior, 1516 del de Guatemala, 1503 del de Holanda,

Digitized by Google

igual á los de Francia y Bélgica, 1125 del de Vaud, 2121 del de la Luisiana, 1440 del de Nápoles, 1602 del Sardo, 2968 del de México, 1358 del de la República Argentina, que prohibe la venta entre marido y mujer aun después de la separación judicial de sus bienes; 2840 del de la Baja California y 2968 del de Campeche; preceptuando el citado art. 1516 del de Guatemala, que no puede el marido comprar de su mujer, ni ésta de aquél; pero que, caso de divorcio declarado ó de separación judicial convencional de bienes, puede cualquiera de los cónyuges adjudicar al otro lo que basta para el pago de sus derechos: mientras los de Francia, Bélgica y Holanda, prescriben que no puede haber contrato de venta entre los esposos (cónyuges) sino en tres casos: 1.° Cuando uno de los esposos cede bienes al otro, estando separados judicialmente, en pago de sus derechos: 2.° Cuando la cesión hecha por el marido á la mujer, aunque no esté separada, reconozca una causa legítima, tal como la inversión de sus bienes inmuebles vendidos ó la del metálico que le pertenezca, si estos inmuebles ó dinero no entrasen en la comunidad; y 3.° Cuando la mujer cede bienes á su marido para pagarle la suma que ésta le prometió en dote, y cuando haya exclusión de comunidad, salvándose, en estos tres casos, los derechos de los herederos de las partes contratantes, si en ello hubiera ventaja indirecta.

La misma doctrina se ve sustentada en diferentes sentencias, entre otras, las de 26 Mayo de 1866, 8 Mayo de 1873 y 8 Marzo de 1889 del Tribunal Supremo.

Art. 1459. No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1.° El tutor ó protutor, los bienes de la persona ó personas que estén bajo su tutela.

2.° Los mandatarios, los bienes de cuya administración ó enajenación estuvieren encargados.

3.° Las albaceas, los bienes confiados á su cargo.

4.° Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta.

5.° Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción ó territorio ejercieran sus respectivas fun-

Digitized by Google

ciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, ó de cesión en pago de créditos, ó de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este núm. 5.° comprenderá á los Abogados y Procuradores respecto á los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

Razones de equidad aconsejan las prohibiciones que entraña el artículo que acabamos de consignar: y la necesidad de dar mayor prestigio é independencia á los que ejercen ciertos cargos, obliga al sostenimiento de lo que como verdaderas restricciones á la libertad de contratación presentaron la mayor parte de las legislaciones, aunque sin extenderse á tan ancha esfera.

Así como antes las leyes 5.ª, tit. 38, lib. 4.° del Código romano, la 5.ª, tit. 8.°, lib. 26 del Digesto, y la 4.ª; tit. 5.°, Part. 5.ª, prescribieron que el tutor y curador podian comprar en pública subasta, *palam et bona fide;* y la ley 1.ª, tit. 12, lib. 10 de la Novísima Recopilación, prohibe en absoluto dichas compras á los tutores y curadores; de la misma manera hoy que no tenemos *curadores*, sino *tutores* y *protutores*, el núm. 1.° de este art. 1559 prohibe que el *tutor* ó el *protutor* compren los bienes de la persona ó personas que están bajo su tutela, porque realmente el tutor ó el protutor debe procurar que los bienes de los que se encuentran bajo su guarda y amparo, se vendan lo más caro posible; y si pudieran comprar lo que ellos mismos venden á nombre de los menores ó de los incapacitados, temible fuese que algunos guardadores sin conciencia ni dignidad, recurrieran en las subastas á manejos nada correctos, en perjuicio de sus representados.

El segundo número de este mismo artículo es también en extremo justo; y ya en la ley 34, párrafo 7.°, tit. 1.°, lib. 18 del Digesto, se venia sustentando tal prohibición, como se sostuvo en la ley 1.ª, tit. 12.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación antes citada, porque no es digno ni decoroso que los mandatarios puedan comprar bienes de los que ellos mismos administran, y ménos los que ellos mismos fuesen á vender en nombre de sus mandantes, pues esto equivaldria á contratar consigo mismo.

El núm. 3.° es también de buen sentido, habiéndose ya ordenado lo mismo en las leyes romanas y antiguas de nuestro Derecho patrio, principalmente en la 34 antes citada del Digesto, y en la mencionada 1.ª de la Recopilación, pues hay el mismo motivo para rechazar dichos contratos entre partes, que son á la vez vendedores y compradores, ó mejor dicho, en una sola persona con el

Digitized by Google

doble carácter de interesado en vender, bien como representante de la herencia, y de interesado en comprar mejor como verdadero comprador.

El núm 4.° es de rigor aceptable y de los mejores resultados, si bien podría obtenerse más beneficios y de mayor importancia, si no se diesen ciertas corruptelas y hubiera más verdad en su cumplimiento; pero esto es cuestión de moralidad, de honradez y buena fe, contra cuya falta las leyes muchas veces son impotentes. Ese mal sólo lo cura la sociedad, regenerando la familia, y ésta cimentándose bajo bases eminentemente morales y austeras que lleven á sus individuos la repugnancia casi instintiva á todo lo que sea inmoral é incorrecto.

El núm. 5.° es también justo, porque quien autoriza una venta ó interviene en ella como funcionario ó dependiente de la administración de justicia, no puede ni debe comprar, si ha de ser imparcial y recto el que representa la justicia, si ha de cumplir bien y fielmente sus mandatos el oficial ó el dependiente del Tribunal, que extrictamente debe ceñirse á lo mandado.

Y lo mismo debe suceder con los Jueces, Abogados, Procuradores, peritos y cuantos por razón de su cargo ó profesión intervengan en la venta de que se trate: á la moral y á la justicia repugna que ninguno de ellos compre directa ni indirectamente la cosa que por ellos, mediante su autoridad, por su consejo, ó bajo su peritación se vende, porque la severidad é imparcialidad de sus funciones se adunan mal con la pasión y el interés del comprador: no caben juntas las dos personalidades.

La sociedad está interesada en que los encargados de administrar justicia puedan y deban ser respetados como la justicia misma; y por ello velar debe por la santidad de su ministerio, separándoles de las interesadas negociacio- en que intervienen como representantes de esa justicia que llamada está á tranquilizar á la familia y á la sociedad por su rectitud, imparcialidad y virtudes.

El Proyecto de 1851, en su art. 1381, propuso un precepto análogo; y en relación está el que nos ocupa con los arts. 275, 902 núm. 4.°, 903, 907 y demás concordantes de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1596 y 1597 del Código de Francia, 1457 y 1458 del de Italia, 1596 y 1597 del de Bélgica, 1504 al 1506 del de Holanda, 1517 del de Guatemala, 1637 al 1640 del del Uruguay, 1808 y 1809 del de Veracruz-Llave, 1541 del de Bolivia, 2422 del de la Luisiana, 1126 y 1127 del de Vaud, 1562 y 1563 del de Portugal, 1797 al 1800 del de Chile, 1853 del de Colombia, 1608 del Sardo, 1447 del de Nápoles, 2969, 2970 y 2975 del de México, 2841 y 2845 del de la Baja California, 2969, 2970 y 2975 del de Campeche, y 1359 y 1361 del de la República Argentina.

Digitized by Google

CAPÍTULO III.

De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida.

Art. 1460. Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato.

Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato ó reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido.

Consecuencia de los principios generales establecidos acerca de las obligaciones es el precepto que acabamos de transcribir; pues, si efectivamente falta uno de los tres requisitos esenciales del contrato, ó sea la cosa materia objeto del mismo, no puede darse por cierta la existencia del contrato *sine re quæ veneat nec emptio, nec venditio potest intelligi*, como decia la ley 8.ª, tit. 1.º, lib. 18 del Digesto; como también venia á expresarse en sentido análogo la ley 14, tit. 15.º, Part. 5.ª, haciendo extensivo este principio á todos los contratos y obligaciones la ley 21, tit. 11.º de la misma Partida.

Mas si solo se ha perdido una parte de la cosa, tiene el comprador opción entre desistir del contrato ó reclamar la parte existente del objeto del mismo, abonando por él lo que proporcionalmente corresponda al precio señalado en la totalidad, sin que por más que supongan lo contrario algunos publicistas, deban hacerse distinciones que la ley no hace, ni quepan interpretaciones de cierto género allí donde el precepto es claro, pues no hemos de mezclarnos hoy en las sutilezas del antiguo Derecho romano acerca de si el contrato debe prosperar ó no, según que la parte perdida de la cosa sea pequeña ó grande, sino que atemperarnos debemos al espíritu y letra del segundo apartado de nuestro Código sin distingos de ningún género, y dejando al arbitrio de los Tribunales la apreciación de la buena ó mala fe que en los litigantes observaren.

Precedentes encontramos, además de los indicados anteriormente, en las leyes 15, 57 y 58, tit. 1.º, lib. 18 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1382, propuso un precepto análogo; y en relación se encuentra el que nos ocupa con los arts. 1182 y 1183 de este mismo Código; 330, 331 y 335 del Código de Comercio.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1601 del Código de Francia, 1814 del de Chile, 1508 del de Holanda, 1810 del de Veracruz-Llave, 1601 del de Bélgica, 1461 del de Italia, 1558 del de Portugal, 1633 del del Uruguay, 1497 del de Guatemala, 1132 del de Vaud, 1608 del Sardo, 1447 del de Nápoles, 2490 del de la Luisiana, 1328 del de la República Argentina, 2963 y 2964 del de México, 2835 y 2836 del de la Baja California y 2963 y 2964 del de Campeche.

CAPÍTULO IV.

De las obligaciones del vendedor.

SECCIÓN PRIMERA.

DISPOSICIÓN GENERAL.

Art. 1461. El vendedor está obligado á la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta.

Vienen á establecerse en este capítulo cuarto las obligaciones del vendedor, dedicando su sección primera á una disposición de carácter general que envuelve las principales obligaciones del vendedor ó sea las de la entrega y el saneamiento de la cosa vendida. Ya hemos dicho antes, en más de una ocasión, que, perfeccionado el contrato de compra y venta por la concurrencia del consentimiento de las partes contratantes acerca de la cosa vendida y del precio de la misma en cuanto ese perfeccionamiento tenia lugar, nacia la obligación en el vendedor de entregar la cosa y en el comprador de pagar su precio en cuanto la recibia, de no haberse pactado plazos; pues bien, el artículo que comentamos viene á confirmar más y más aquellas indicaciones, consignando como principio general, lo que todos sabemos ó sea que el vendedor está obligado á la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Y esto no es nuevo, pues ya en la ley 11.ª, párrafo 2.º, tit. 1.º, lib. 19 del Digesto, en la 1.ª, tit. 2.º, lib. 21 y en la 70.ª del título y libro últimamente citados de dicho Digesto se venian á sentar los mismos principios que consignados están también en la ley 6.ª, tit. 45, lib. 8.º del Código, viniendo á resumirlos la ley 32.ª tit. 5.º, Part. 5.ª.

La evicción es el saneamiento y seguridad que se dá de responder siempre del precio de la cosa vendida, pagada ó prestada según unos, según otros es la recuperación por el Juez de lo que el contrario habia adquirido por legítimo

Digitized by Google

derecho (ley 24.ª, tit. 2.º, lib. 21 del Digesto); y según otros es la pérdida de la cosa vendida, ó de parte de ella que experimenta el vendedor por los derechos de un tercero. Pues bien: para nosotros, realmente, el saneamiento de la cosa objeto de la venta de que trata el artículo que comentamos, es la seguridad que el vendedor da al entregar la cosa vendida de responder siempre del precio de la misma y de la legitimidad del derecho con que la transfirió.

El Proyecto de 1851, en su art. 1383, propuso un precepto análogo, y en relación está con el 1096, 1097 y 1100 de este mismo Código y 329, 337 y 345 del Código de comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1603 del Código de Francia, 1642 del de Bélgica, 1824 del de Chile, 1647 del del Uruguay, 1568 del de Portugal, 1811 del de Veracruz-Llave, 1602 del de Bolivia, 2450 del de la Luisiana, 1510 del de Holanda, 1529 del de Guatemala, 1134 del de Vaud, 2981 del de México, 2981 del de Campeche, 2850 del de la Baja California, y 1409 y 1414 del de la República Argentina.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LA ENTREGA DE LA COSA VENDIDA.

Art. 1462. Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario.

Es evidente que la entrega de la cosa consiste en pasarla á poder del comprador ó poner á éste en posesión de la misma, así lo han entendido las legislaciones antiguas de todos los pueblos, y así se deduce de la lectura de los Códigos modernos de todas las naciones cultas. El Digesto, en su ley 3.ª, tit. 1.º, lib. 19, ya expuso lo que significaba la entrega de la cosa vendida diciendo: *ratio vel datio possesionis, quæ á venditore fieri debeat*, y las leyes 46.ª y siguientes, tit. 28, Part. 3.ª, usaban como nuestro artículo, poner en poder de la cosa vendida, etc.

No hemos de detenernos aquí á examinar las diferentes definiciones que de la entrega de la cosa dieron Cuyacio y Vinio, ni hemos tampoco de explicar las diferentes acepciones de entrega verdadera ó fingida, según la cosa fuese mueble ó inmueble, ni de las tres especies de entrega fingida ó simulada conocidas en Roma bajo las frases *brevis manus*, *longæ*, *manus* y *simbolica*, pues

Digitized by Google

conocido es de todos lo que aquello significaba y sabido es también que sin la material acción de entregar una cosa á otro, se le pone en posesión de la misma, de manera tal, que bien claramente se significa la voluntad del que transfiere el dominio.

En cuanto al segundo apartado del artículo que nos ocupa, no cabe duda alguna que muchas veces sobre todo en la venta de los inmuebles, la verdadera entrega se entiende hecha desde el momento en que se otorga la escritura de venta, pues con dicho título el comprador inscribe la finca á su favor, previo pago de los impuestos sobre traslación de derechos, y ejercita las funciones propias del dominio que se le transfiere; por esto la ley 8.ª, tit. 30, Part. 3.ª, venía señalando ya este modo de efectuar la entrega de las cosas vendidas, equiparando á dicha entrega el otorgamiento de la escritura de venta, cuyo espíritu se ve informar en las leyes 17.ª y 44.ª de Toro.

Los arts. 1384 y 1385 del Proyecto de 1851, vinieron á proponer preceptos análogos á los que se determinan en cada uno de los apartados del artículo que comentamos, cuyo precepto se relaciona con los arts. 430, 438, 1095, 1280 y 1571 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1604 y 1605 del Código de Francia, 1463 y 1464 del de Italia, 1604 y 1605 del de Bélgica, 671 y 1511 del de Holanda, 1603 del de Bolivia, 426 al 429 del de Austria, 2451 y 2455 del de la Luisiana, 1530 del de Guatemala, 1135 y 1136 del de Vaud, apartado 2.º del art. 1647 del del Uruguay en relación con las disposiciones del tit. 3.º, lib. 3.º de aquel Código; párrafo 2.º del art. 1824 del de Chile que se refiere á las reglas contenidas en el tit. 6.º, del lib. 2.º de aquel Código, 1813 y 1814 del de Veracruz-Llave, 2982, 2983 y 2984 del de México, 2851 al 2853 del de la Baja California y 2982 al 2984 del de Campeche.

Art. 1463. Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallan almacenados ó guardados; y por el sólo acuerdo ó conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta, ó si éste la tenía ya en su poder por algún motivo.

Después de las reglas sentadas anteriormente acerca de la entrega de la cosa en general, viene el precepto que acaba de consignarse á determinar los modos y formas en que puede verificarse la entrega de los bienes muebles haciéndola verdaderamente simbólica y expresando lo que en la práctica viene haciéndose según las circunstancias del caso, sin perjuicio de indicar también

Digitized by Google

algo acerca del acto material de la entrega ó sea de la verdadera llamada también por los antiguos de *manu in manum translatio* y de la que se efectúa por el solo consentimiento.

Precedentes encontramos en las leyes 47, tit. 28, 6.ª y siguientes del tit. 30, Part. 3.ª, en las que se trataba de la entrega *simbólica*, de la *longæ*, *manus* y de la *brevis manus*.

El Proyecto de 1851, en su art. 1386, propuso un precepto igual al que al presente de nuestro Código nos ocupa, que en relación está con el 438 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 1606 del Código de Francia, 1465 del de Italia y 1606 del de Bélgica anteriormente citados; 684 del de Chile, 1604 del de Bolivia, 1815 del de Veracruz-Llave, 2453 del de la Luisiana, 667 del de Holanda, 754 del de Colombia, 723 del del Uruguay, 1569 y 1571 del de Portugal, 2982 del de México, 2851 del de la Baja California y 2982 del de Campeche.

Art. 1464. Respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1462. En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, ó el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor.

Coosecuencia lógica de lo expuesto anteriormente es el precepto que acabamos de consignar, de lo cual tanto el art. 2984 del Código de México como el 2853 del de la Baja California, y el 1984 del de Campeche ya citado al comentar nuestro art. 1462, se vienen ocupando bajo la sencilla expresión de que lo dispuesto en el artículo anterior se observará también para la traslación de los derechos, es decir, que se considerará hecha la entrega de tal objeto del contrato cuando se otorga la escritura pública, ó si no hubiera tal escritura, cuando se entreguen los títulos de pertenencia de tales bienes incorporales; y esto no puede suceder de otra manera, puesto que los derechos y todo lo incorpóreo no pueden ser objeto de entrega material.

Encontramos concordantes hasta cierto punto en las leyes 43, tit. 1.º, libro 41; 20, tit. 1.º, lib. 8.º del Digesto; 1.ª y 8.ª, tit. 30, Part. 3.ª; y el Proyecto de 1851, en su art. 1387 propuso un precepto análogo.

Concordancias vemos en los arts. 686 y 699 del Código de Chile, 756 y 761 del de Colombia, 1607 del de Francia, 1466 del de Italia, 1607 del de Bélgica, 1571 del de Portugal, 1816 del de Veracruz-Llave, 1606 del de Bolivia, 2457 del de la Luisiana, 1138 del de Vaud, 668 del de Holanda, 2983 y 2984 del de México, 2852 y 2853 del de la Baja California y 2983 y 2984 del de Campeche; siendo de notar la claridad con que se expresan algunos Códigos, entre otros el de Italia, precep-

Digitized by Google

tuando sencillamente que la tradición de las cosas incorporales se realizará por la entrega de los documentos ó por el uso que de las mismas haga el comprador con el consentimiento del vendedor.

Art. 1465. Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte ó traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial.

Nada tiene de particular el precepto que acaba de consignarse, que lo encontramos perfectamente justo y equitativo; pues natural es que salvo pacto en contrario, los gastos de entrega de la cosa vendida sean de cargo del comprador. Así lo viene prescribiendo también el art. 338 del Código de Comercio; y precedentes encontramos en las leyes 5.ª, tit. 45.º, lib. 8.º del Código romano; 32.ª; tit. 5.º, Part. 5.ª, y 11.ª, tit. 12.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación; habiéndose propuesto también un precepto análogo en el art. 1388 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1825 del Código de Chile, 1608 del de Francia, 1467 del de Italia, 1608 del de Bélgica, 1512 del de Holanda, 1531 del de Guatemala, 1656 del del Uruguay, 1817 del de Veracruz-Llave, 1570 del de Portugal, 1607 del de Bolivia, 1139 del de Vaud, 2458 y 2459 del de la Luisiana, 2986 del de México, 2855 del de la Baja California y 2986 del de Campeche.

Art. 1466. El vendedor no estará obligado á entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.

Presupónese aquí la obligación primera en el comprador de entregar el precio de la cosa vendida antes que ésta entre en su poder, y si se atiende á las leyes romanas y á nuestra antigua legislación patria, aun que la cosa hubiese sido entregada al comprador, éste no adquiría su propiedad mientras no hubiese pagado su precio.

Precedentes encontramos en el párrafo 41, tit. 1.º, lib. 2.º de las Instituciones; en la ley 46, tit. 28, Part. 3.ª; ley 13, párrafo 8.º, tit. 1.º, lib. 19 del Digesto, y ley 78, párrafo 2.º, tit. 1.º, lib. 18 del mismo Digesto.

El Proyecto de 1851 en su art. 1389, proponía un precepto análogo, y en relación está el que nos ocupa con el del art. 337 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1612 del Código de Francia, 1469 del de Italia en su primer apartado, 1612 del de Bélgica, 1514 del de Holanda, de los que parece una copia el nuestro, 1574 del de Portugal, esencialmente igual al nuestro, 1546 del de Guatemala, 1818 del de Veracruz-Llave, igual al anterior; 1418 del de la

Digitized by Google

República Argentina, 2987 del de México, 2856 del de la Baja California, 2987 del de Campeche, iguales entre si é idénticos al nuestro; 1611 del de Bolivia, 1143 del de Vaud, 2463 del de la Luisiana, 1882 del de Colombia, 1826 del de Chile, 1649 del del Uruguay; en cuyos dos últimos Códigos empieza por preceptuarse que el vendedor deberá entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato ó en la época prefijada en él; y después de ocuparse en el segundo apartado de dicho artículo, de la responsabilidad en que incurre por la falta de entrega, dice en su tercer apartado «todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado ó está pronto á pagar el precio, ó se ha convenido á pagar á plazos.»

Art. 1467. Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento ó término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio.

Se esceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.

Razonable en extremo es este precepto, porque si se convino un plazo para el pago, y una vez perfeccionado el contrato se descubre la insolvencia del comprador, y el peligro que el vendedor corre de no cobrar, no habia de premiarse la mala fe del comprador obligando al vendedor á entregar la cosa objeto de la venta para perderla, pero si ya antes de perfeccionar el contrato conociera el vendedor la insolvencia del comprador, no sucederia lo mismo.

Mas, si fianza segura diese el comprador de pagar en el plazo convenido, entonces deberá entregar la cosa vendida; pero siempre debe partirse para los efectos del caso en esta materia de que es más fácil y seguro prevenir el daño del vendedor que remediarle después de hecho.

Precedentes encontramos en el núm. 19 de *regulis juris*; párrafo 41, tit. 1.°, lib. 2.° de las Instituciones; ley 46.ª, tit. 28, Part. 3.ª; y el Proyecto de 1851, en su art. 1390, propuso preceptos análogos.

Concordancias vemos en los arts. 1613 del Código de Francia, apartado 2.° del 1469 del de Italia, 1613 del de Bélgica, 1819 del de Veracruz-Llave, último apartado del 1649 del del Uruguay, 1549 del de Guatemala, 1515 del de Holanda, último apartado del 1826 del de Chile, 1419 del de la República Argentina, 1612 del de Bolivia, 134, tit. 10, parte 1.ª del de Prusia, 2464 del de la Luisiana, 1144 del de Vaud, 2988 del de México, 2857 del de la Baja California, y 2988 del de Campeche, conviniendo todos esencialmente en que no se le obligará tampoco al vendedor a entregar la cosa vendida cuando se haya concedido un plazo para su pago si después de la venta se descubriere que el comprador se halla

Digitized by Google

en estado de insolvencia, ó el comprador quebrare ó se arruinare, de tal modo que el vendedor está en peligro inminente de perder el precio, á no ser que el comprador dé fianza para pagar en el plazo convenido.

Art. 1468. El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el dia en que se perfeccionó el contrato.

Consecuencia de los principios generales anteriormente expuestos es el precepto que acaba de consignarse. La perfección del contrato es el punto de partida de donde arrancan los nuevos derechos de los contratantes y sus mútuas y recíprocas obligaciones; la cosa vendida debe entregarse en el estado en que en dicha época se encuentre, porque la perfección del contrato causa estado; y desde ella en los contratos puros de compra y venta, la cosa vendida pasa al dominio del comprador, y el precio de la venta corresponde al vendedor; desde entonces el vendedor debe al comprador la cosa objeto del contrato, el comprador debe á su vez el precio estipulado al vendedor; llenados por ambos estas obligaciones, el contrato está consumado; y si bien el vendedor debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la evicción al comprador, cuando fuese vencido en juicio por una acción de reivindicación ú otra acción real, como de los vicios redhibitorios de la cosa vendida, éstas son responsabilidades ulteriores para casos determinados que rara vez se presentan, y consecuencias derivadas lógicamente del contrato. Por lo demás, hemos de insistir en que la perfección del contrato, es el contrato mismo, es la relación jurídica creada por el consentimiento acerca de la cosa y del precio, de donde nacen los derechos y las obligaciones de los contratantes, que por la confluencia de sus voluntades acerca de los otros dos elementos esenciales del contrato (cosa y precio), dieron lugar al *consentimiento* y vida al contrato. Por esto, pues, todos los frutos de la cosa vendida pertenecen al comprador desde el dia en que se perfeccionó el contrato.

Aunque prescindiéramos de sus precedentes, que se encuentran en las leyes 7.ª, tit. 6.°, lib. 18; 13.ª, párrafo 10, tit. 1.°, lib. 19 del Digesto; 13.ª y 16.ª, tit. 49, lib. 4.° del Código romano, y 23.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; aunque hagamos caso omiso de que el art. 1391 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo, y de que en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1095 al 1097 y 1571 de este mismo Código, no podríamos menos de señalar como exactos concordantes los arts. 1614 del Código de Francia, 1470 del de Italia, 1614 del de Bélgica, 1517 del de Holanda, siendo en extremo parecidos y esencialmente iguales los arts. 1575 del de Portugal, 1594 y 1595 del de Guatemala, 1650

Digitized by Google

y 1651 del del Uruguay, 1829 del de Veracruz-Llave, 2990 y 2991 del de México, 2859 y 2860 del de la Baja California, 2990 y 2991 del de Campeche, 1613 del de Bolivia, 2465 del de la Luisiana, 1145 del de Vaud, 1621 del Sardo, 1460 del de Nápoles, 1828 y 1829 del de Chile, y otros.

Art. 1469. La obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, mediante las reglas siguientes:

Si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con expresión de su cabida, á razón de un precio por unidad de medida ó número, tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero, si esto no fuere posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio ó la rescisión del contrato, siempre que, en este último caso, no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble.

Lo mismo se hará, aunque resulte igual cabida, si alguna parte de ella no es de la calidad expresada en el contrato.

La rescisión, en este caso, sólo tendrá lugar á voluntad del comprador, cuando el menos valor de la cosa vendida exceda de la décima parte del precio convenido.

Brilla la equidad en este artículo que viene á complementar la teoría sustentada en el apartado segundo del art. 1460.

Obligación tiene el vendedor de poner en poder del comprador todo lo que expresa el contrato: mas pudiera suceder que efectuada la venta de bienes inmuebles con expresión de su cabida, á razón de un precio por unidad métrica ó numérica, no pudiera realizarse la entrega de todo cuanto se expresó en el contrato, y en este caso el comprador puede optar por una rebaja proporcional del precio ó por la rescisión del contrato si la disminucion de la cabida llega ó excede á la décima parte de la porque el inmueble se vendió. Y esto mismo debe observarse, cuando siendo la cabida igual á la que se pactó, no resultare de la misma calidad, y por su diferencia, depreciase la finca en la décima ó mayor parte del precio convenido. De manera que la consumación ó la rescisión del contrato depende de la voluntad del comprador, cuando la cosa inmueble objeto de la venta no pueda entregarse en la integridad de lo estipulado ó con rebaja en su calidad ó cantidad en menos de la décima parte: lo cual es más lógico que cuanto preceptuaban las leyes 40, párrafo 2.°, tít. 1.° lib. 18; 63, párrafo 6.°, tít. 2.°, lib. 21; 4.ª, párrafos 1.° y 2.°, tít. 1.°, lib. 10 del Digesto [illegible]

Digitized by Google

realmente no entregándose la integridad de la cosa ajustada, el consentimiento es erróneo, porque versa sobre una cosa que se suponia en condiciones que no tenía, y por lo tanto, seria injusto que el contrato subsistiese, como preceptuaban las citadas leyes romanas, aunque se abonase al comprador la diferencia de su precio por su distinto número ó medida del convenido ó por su diferente calidad.

No hay más remedio que sujetarse á lo estipulado, y contra lo convenido no caben esos suplementos ni esas rebajas de precio de que nos habla Voet, refiriéndose á Grocio y otros tratadistas del derecho.

El Proyecto de 1851, en su art. 1392, propuso un precepto análogo, en cuanto á la rebaja del precio, aunque sin facultar al comprador para rescindir el contrato; y en relación está el que nos ocupa con los arts. 334, 1097, 1290, 1294, 1295 y 1299 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1616 y 1617 del de Francia, en cuanto á la rebaja proporcional del precio que deberá sufrir el vendedor, pero no da la opción establecida en el artículo que de nuestro Código comentamos, como no la conceden tampoco los Códigos de Italia, en sus arts. 1472 y 1473; Bélgica, en sus artículos 1616 y 1617; Holanda, en sus arts. 1519 y 1520; no encontrándose verdaderos concordantes con relación á la totalidad de los preceptos sentados en el nuestro; pues el art. 1831 del de Chile, presenta el caso en que un predio rústico se venda con relación á su cabida y el en que se venda como una especie ó cuerpo cierto: entiéndese, según él, que se vende con relación á su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque esa cabida resulte mayor ó menor que la que reza el contrato, en cuyo caso es indiferente que se fije una cabida total ó la cabida de unidades que se quiera con tal que resulte conforme la cabida total con el precio de la totalidad; como si se comprendiesen diferentes predios bajo una sola venta, y en los demás casos, principalmente cuando nada se dice de cabida por unidades rústicas, se entenderá que se vende el predio ó predios como un solo cuerpo cierto. Y luego en el art. 1832 del mismo Código se determina que el comprador aumentará ó disminuirá el precio según los casos en que el aumento ó disminución no exceda de una décima parte del precio de lo estipulado, pues entonces podrá el comprador optar por la rescisión del contrato ó por el aumento ó disminución del precio. De manera que en diferente forma y en distintas palabras, el art. 1832 del Código de Chile viene á decir lo mismo que el nuestro en sus arts. 1469 y 1470, aunque invertidos sus términos y bajo la base del art. 1831 de aquel Código; pues el art. 1832 del referido Código chileno tiene dos grandes apartados, uno para el caso en que resulte mayor la cabida y el segundo para cuando resulte menor. El art. 1821 del Código de Veracruz-Llave aparece idéntico al del Proyecto de 1851, es decir, que no se da en aquél al comprador la opción que en

Digitized by Google

el nuestro; los arts. 1576 y 1577 del de Portugal vienen á sentar la misma doctrina que el nuestro y el de Chile, respondiendo el vendedor de los gastos del contrato cuando el comprador opta por la rescisión; el art. 1565 del de Guatemala da á entender lo mismo, aunque sin esplicarlo con tanta claridad; los artículos 1652 y 1653 del del Uruguay son extensos en extremo y se asemejan algo á los que acaban de citarse en cuanto á la opción, aunque para ello no deba exceder ni bajar de la vigésima parte de lo estipulado. Y análogos preceptos vemos, aunque sin fijar tipos de aumento ó disminución para la rescisión, en los arts. 2992 al 2995 del de México, tanto en cabida como en la calidad; 2861 al 2864 del de la Baja California, 2992 al 2995 del de Campeche. Viéndose también analogías más ó menos remotas en los arts. 1616 del de Bolivia, 2468 del de la Luisiana, 1148 del de Vaud, 1834 y 1835 del de Colombia. Y el art. 1345 del Código de la República Argentina preceptúa que si la venta del inmueble se ha hecho con indicación de la superficie que contiene, fijándose el precio por la medida, el vendedor debe dar la cantidad indicada. Si resultare una superficie mayor, el comprador tiene derecho á tomar el exceso abonando su valor al precio estipulado. Si fuere menor, tiene derecho á que se le devuelva la parte proporcional al precio. En ambos casos si el exceso ó la diferencia fuese de un vigésimo del área total designada por el vendedor, puede el comprador dejar sin efecto el contrato.

Art. 1470. Si, en el caso del artículo precedente, resultare mayor cabida ó número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida ó número no pasa de la vigésima parte de los señalados en el mismo contrato; pero, si excedieren de dicha vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble, ó desistir del contrato.

Con lo expuesto al comentar el artículo anterior, podíamos excusarnos de decir una palabra mas en el presente comentario, pues uno y otro no son mas que reglas de riprocidad que el legislador ha querido dar para los casos en que, tratándose de la compra y venta de bienes inmuebles con relación á su cabida, ésta sea menor ó mayor que la que se expresó al perfeccionar dicho contrato. Y hemos visto que sobre este particular se presentan en la esfera del derecho dos escuelas, la una con tendencia simplemente al abono mútuo y recíproco de las cabidas y precios respectivos, y la otra que, dejando en libertad á los contrayentes para realizar esos abonos ó rebajas según los casos, da facultad al comprador para rescindir la venta cuando ese exceso ó esa rebaja alcanza el tipo de la décima parte según unos Códigos, de la vigésima según otros,

Digitized by Google

ó perjudica notablemente á los contrayentes (sin fijar el tipo de tales perjuicios).

Entre los que dán esa opción al comprador se encuentra nuestro Código, el de Chile, el de la República Argentina, el de Portugal, el del Uruguay y otros que generalmente fijan el de exceso ó rebaja en la vigésima parte del área ó cabida de la cosa que se vendió, imponiendo al vendedor, según unos, los perjuicios causados con la venta rescindida, y según otros los gastos de escritura y demás.

Hay también Códigos, como los de México, Baja California y Campeche, que conceden al comprador la opción de rescisión ó de reducción de precio ó cabida, según los casos, siempre que el exceso ó merma de lo convenido no pudiera separarse ó aumentarse sin perjuicio de la cosa enajenada; pero es lo raro que no habiéndose dado esa opción al comprador en los Códigos de Francia, Italia, Bélgica y Holanda, cuando el número ó cabida no alcance á lo estipulado se venga á conceder cuando excede en más de la vigésima parte del continente declarado, según se desprende de los arts. 1618 del de Francia, 1474 del del Italia, 1618 del de Bélgica y 1521 del de Holanda; como es también raro en extremo que habiéndosele concedido al comprador facultad para rescindir el contrato cuando el valor de la cosa vendida disminuya en menos de la décima parte del precio convenido, según el art. 1469 de nuestro Código, cuando se trata del aumento de la cabida ó calidad de la cosa enajenada, se le dé esa misma facultad si ese aumento pasa de la vigésima parte de la cabida ó número de lo comprendido en el mismo contrato, pues parecia lo natural que si la décima parte se habia señalado como tipo de disminución, esa misma décima parte debia señalarse como tipo de aumento.

Hechas estas indicaciones, y sin detenernos por más tiempo á recordar siquiera los preceptos del Digesto en sus leyes 4.ª, párrafo 1.º, y 24.ª, tit. 1.º, lib. 7º que pudieran tomarse como precedentes, hemos de exponer que concuerda el artículo que al presente comentamos, entre otros Códigos, con el artículo 1822 del de Veracruz-Llave, en el que, tratándose de mayor cabida que la señalada en el contrato, se dá al comprador la facultad de suplir el precio ó de desistir del contrato, si el exceso pasa de la décima parte de la cabida expresada en él, cuyo precepto es idéntico al que el Proyecto de 1851 propuso en su art. 1393; mientras que en los apartados 3.º, 4.º y 5.º del art. 1653 del Código del Uruguay, se deja en iguales condiciones al comprador cuando hay exceso que cuando hay disminución, señalando en todo caso como tipo de rescisión el aumento ó falta de la vigésima parte del valor de la totalidad de los bienes vendidos.

La mayor parte de las concordancias indicadas con relación al artículo anterior, pueden tenerse en cuenta en el presente, siendo buena prueba de esto lo que previene el art. 1567 del Código de Guatemala, que preceptúa que si el

Digitized by Google

exceso ó falta en la extensión de la cosa vendida es mayor que un décimo, queda á la elección del comprador, ó bien pagar lo que hubiere de más y cobrar en su caso lo que resulte de menos, ó bien rescindir el contrato.

Art. 1471. En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no á razón de un tanto por unidad de medida ó número, no tendrá lugar el aumento ó disminución del mismo, aunque resulte mayor ó menor cabida ó número de los expresados en el contrato.

Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos ó mas fincas las vendidas por un sólo precio; pero, si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida ó número, el vendedor estará obligado á entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida ó número expredos en el contrato; y, si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional á lo que falte de cabida ó número, á no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló.

Vemos en este artículo la diferencia radical que existe entre el contrato de compra y venta que de un inmueble se hace con relación á la cabida, y del que se efectúa por el mismo inmueble en si, mediante un precio alzado y no a razón de un tanto por medida ó número. En el primer caso, ó sea en las ventas de que tratan los dos artículos anteriores, el comprador tiene opción á la rebaja ó aumento del precio proporcional á su cabida ó á la rescisión del contrato cuando la rebaja excede de una décima parte y el exceso pasa de la vigésima: en el segundo, ó sea en el del artículo que al presente nos ocupa, como que la intención de las partes fué, indudablemente, referirse á cierta especie ó cuerpo de bienes inmuebles, no á la medida expresada, todo lo que se contiene dentro de aquel inmueble es el objeto de la venta, y como por otro lado el precio exclusivo único ó alzado hace tambien que la venta sea una sola, bien se refiera á un inmueble, bien á varios inmuebles distintos comprendidos bajo un lote ó bajo un contrato, no puede tenerse para nada en cuenta el aumento ó disminución que aparezca tener el inmueble ó inmuebles que como cosa cierta é indeterminada bajo una venta se comprendieren, y por ello no caben esos aumentos ó disminuciones ni esas rescisiones de que tratan los artículos anteriores. Pero si además de esto se hace designación de linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, y se designare también en el contrato la

Digitized by Google

cabida ó número, el vendedor deberá entregar al comprador todo lo que esté comprendido dentro de aquellos linderos, aun cuando hubiere algún exceso en la cabida ó número respecto de lo expresado en el contrato; y si no fuere posible dicha entrega, sufrirá el vendedor una disminución en el precio; proporcional á la que falte de cabida ó número, salvo el caso en que el comprador no se conformare con que deje de entregársele todo lo que se estipuló y pida la rescisión del contrato, pues la designación de linderos es la que determina el cuerpo cierto, objeto ó materia del contrato, y por ellos debe entregarse todo lo contenido en ellos, haya mas ó menos de la cabida expresada, puesto que ésta no fué la causa ocasional del contrato ni lo que sirvió de base al consentimiento por las partes prestado.

Aquí pueden presentarse, entre otras, tres cuestiones; la primera es la de si ha de relacionarse este artículo para los efectos de la rescisión con los dos anteriores, siendo necesario, por lo tanto, que hubiera una disminución de la décima parte; la segunda es si este artículo 1471 ha de entenderse aisladamente y sin relación con los anteriores, y si habiendo habido error en la designación de linderos puede exigirse del vendedor la entrega de todo lo comprendido dentro de aquellos erróneos términos.

En cuanto á la primera duda que pudiera suscitarse, para nosotros no lo es, pues no hay duda alguna donde los términos son bien distintos, toda vez que los dos artículos anteriores se refieren á la venta de bienes inmuebles con relación á su cabida ó medida, en los que puede haber aumento ó disminución según aparezcan mas ó menos unidades métricas que las que se supusieron existentes en el contrato, cuyo número de áreas y precio de cada una de ellas fué la causa ocasional de la convención, y en el que al presente comentamos no se trata de inmuebles con relación á medida alguna ni por precio que pueda aumentarse ó disminuirse, según lo estipulado para cada unidad métrica, sino que se refiere solo á la venta de un inmueble hecha por un precio alzado ó á un lote ó coto redondo circunscrito á los límites ó linderos expresados en el contrato donde no cabe aumento ó disminución del mismo; y por ello, siguiendo la regla general antes establecida de que las cosas determinadas que se venden deben entregarse al comprador en el estado en que se encuentren al tiempo de la perfección del contrato, no cabe fijar tipo alguno dentro del artículo 1471 que nos ocupa, para la rescisión del contrato; pues basta que el vendedor no entregue al comprador todo lo comprendido en los linderos que constituyen la unidad vendida, para que el comprador pueda rescindir el contrato por no habérsele entregado todo lo que se estipuló; pero como tal rescisión es puramente potestativa en el comprador, dicho se está que este puede ceder parte de sus derechos, admitiendo la cosa vendida con la disminución de lo que el vendedor no pueda entregarle y disminuyendo proporcionalmente también el pago del precio.

Digitized by Google

En cuanto á la segunda cuestión indicada, resuelta la primera queda prejuzgada la que le sigue, sin que pueda decirse cual es el tipo que ha de servir de base para el caso en que, según el artículo que comentamos, el comprador se conforme á recibir la cosa con lo que de ella puede entregársele, disminuyendo el precio proporcionalmente á lo que falte de aquel todo vendido, porque no ha de ser un tipo fijo y preciso por medida métrica, sino que ha de deducirse la disminución del valor total de la cosa, de la calidad y condiciones de lo que deje de entregarse, de la situación de la misma y de los perjuicios que por aquella segregación se hayan ocasionado al comprador.

En cuanto á la tercera cuestion suscitada, no cabe duda que donde hay error en la cosa ó en el precio, necesariamente tiene que partir el consentimiento de un supuesto falso que vicia el contrato, y por lo tanto sea ese error perjudicial al vendedor ó al comprador no podrá prevalecer la convención.

Precedentes encontramos en las leyes 13, párrafo 14, tit. 1.°, lib. 19; 45, tit. 2.°, lib. 21; 17, tit. 1.°, lib. 35; 34, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto; habiendo propuesto un precepto análogo el Proyecto de 1851 en su art. 1394.

Concuerda, ó mejor dicho, se ven analogías en los arts. 1619 del Código de Francia, 1475 del de Italia, 1619 del de Bélgica, 1346 y 1348 del de la República Argentina, 1652 y 1653 del del Uruguay, 1833 del de Chile, 1823 del de Veracruz-Llave, 2994 al 2998 del de México, 2863 al 2867 de la Baja California, y 2994 al 2998 del de Campeche.

Art. 1472. Las acciones que nacen de los tres artículos anteriores prescribirán á los seis meses, contados desde el dia de la entrega.

Nada hay que decir respecto al artículo que acabamos de consignar, toda vez que es de buen sentido y que en él milita la idea de no prolongar indefinidamente la inseguridad de la contratación y la incertidumbre de la propiedad, tratándose de puntos tan fáciles de averiguación como los á que se refieren los preceptos anteriormente indicados; sin que en este artículo puedan comprenderse ciertas acciones que el comprador ejercita para demandar algunas fincas alegando que fueron comprendidas en una venta determinada.

Ya la ley de Partida señaló seis meses para la acción redhibitoria, y un año para la estimatoria ó *cuanti-minoris* (ley 65, tit. 5.°, Part. 5.ª); y el art. 1299 de este mismo Código, prescribe que la acción para pedir la rescisión dura cuatro años.

El Proyecto de 1851, en su art. 1395, proponía que las acciones que nacen de los tres artículos precedentes, prescribirán al año, como lo preceptúan los arts. 1622 del Código de Francia, 1478 del de Italia, 1622 del de Bélgica, 1834 del

Digitized by Google

de Chile, 1655 del del Uruguay, 1525 del de Holanda, 2999 del de México, 1824 del de Veracruz-Llave, 2868 del de la Baja California, 2999 del de Campeche, 2474 del de la Luisiana, 1152 del de Vaud, 1468 del de Nápoles y 1629 del Sardo; de todo lo cual se deduce que nuestro Código es más restrictivo que los anteriormente citados, puesto que limita á seis meses el tiempo de la prescripción de estas acciones.

Art. 1473. Si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fé, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecería al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad á quien de buena fé sea primero en la posesión; y, faltando ésta, á quien presente título de fecha mas antigua, siempre que haya buena fe.

El precepto que acaba de consignarse viene á determinar los casos de preferencia cuando una misma cosa hubiere sido vendida á dos ó más personas, casos de los que ya se ocupó la ley 15, tit. 3º, lib. 3.º del Código romano, y la ley 50, tit. 5.º, Part. 5.ª, según las cuales el dominio se traspasa al primero que entra en posesión; y si bien aquellas disposiciones por no conocerse el Registro de la Propiedad comprendian, bajo identicos preceptos, los muebles é inmuebles, nosotros que afortunadamente tenemos una legislación hipotecaria de estimables condiciones, hemos de exponer que según el art. 17 de la hoy vigente ley en la península, inscrito ó anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo de dominio de bienes inmuebles, no podrá inscribirse ó anotarse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble; y como según el art. 23 de la misma ley hipotecaria, los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar á tercero, y los inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común de conformidad con lo prevenido en el art. 24 de dicha ley, de aquí el que realmente no sea difícil la solución que entraña el precepto que nos ocupa, si se relaciona armónicamente con los citados artículos de la ley Hipotecaria y los 29 al 38 de la misma: siendo también indudable que en cuanto á los demás bienes no inmuebles, es la posesión de la cosa con buena fe la que acredita la prioridad de derechos como sucede habrá de concepdo no hay inscripción, y cuando tampoco existiese la posesión también cuantuarse preferido al que presente título de más antigua fecha, ha-

Digitized by Google

biendo siempre buena fé se entiende, pues el conocido principio de que *qui prior est tempore potior est jure*, hace que no solo se guarde el orden de preferencia indicado en las inscripciones cuando las hubiere, sino que se sostengan como justas las disposiciones anteriormente indicadas cuando la inscripción no existiere, y se considere como dueño aquel que dentro de la buena fe se haya posesionado anteriormente ó presente más antiguos títulos.

El Proyecto de 1851, en su art. 1396, propuso un precepto análogo al del primer apartado del artículo que comentamos; y en relación está con los artículos 334 al 336, 348, 430, 433 al 436, 438, 445 al 449, 605 al 608, 1445 y 1950 al 1952 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1578 y 1580 del Código de Portugal, 1817 del de Chile, 3000 al 3003 del de México, 2869 al 2872 del de la Baja California, 3000 al 3003 del de Campeche; sustentándose idéntica doctrina en varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras las de 24 Mayo y 23 Noviembre de 1899.

SECCIÓN TERCERA.

DEL SANEAMIENTO.

Art. 1474. En virtud del saneamiento á que se refiere el art. 1461 el vendedor responderá al comprador:

1.° De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.

2.° De los vicios ó defectos ocultos que tuviere.

Bien merece que el Código haya dedicado una sección al saneamiento, pues es materia de suyo difícil que lugar ha dado á infinitos pleitos y que bien tratada como ya se trata en la mayoría de los Códigos modernos, ya en el nuestro principalmente, ha de evitar litigios y ha de presentar como sencillos, claros y patentes los principios que en las antiguas legislaciones dieron lugar á dudas y dificultades.

Ya dijimos antes que una de las primeras obligaciones del vendedor, era entregar la cosa vendida y que después de entregarla debe sanearla, respondiendo por la evicción al comprador cuando fuere vencido en juicio por una acción reivindicatoria ú otra acción real; y que también el vendedor debe responder de los vicios redhibitorios de la cosa; pues bien, esto mismo viene á significarse en el precepto que al presente comentamos, en que se preceptúa que por el saneamiento á que se refiere el art. 1461 antes comentado, el vendedor responderá al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y de los vicios ó defectos ocultos que tuviere.

Digitized by Google

De manera que, según este precepto, el vendedor no solo se obliga á transmitir al comprador la propiedad de la cosa, sino á ponerle en posición de ella y á defenderle contra todos los que después quieran hacérsela dejar ó reclamar algunos derechos sobre la misma. Y en cuanto á los vicios ó defectos de la cosa vendida nadie duda que si el vendedor al efectuar el contrato los conocia, obró de mala fe al entregar la cosa sin poner en conocimiento del comprador tales defectos, y que de ellos ha de responder.

Las leyes 3.ª, y 11.ª, tit. 1.° lib. 10 del Digesto; 1.ª y 38, tit. 1.°, lib. 21 del mismo Digesto y la 32, tit. 5.°, Part. 5.ª se ocupan ya del saneamiento como se habian ocupado algunas leyes del Fuero Viejo de Castilla, sin que sus disposiciones tuvieran toda la expresión y claridad que se ve en los preceptos de nuestro Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1397, propuso un precepto análogo; y en relación está con el art. 1069 de este mismo Código y con el 345 del de Comercio.

Vemos concordancias en los arts. 1625 del Código de Francia, 1481 del de Italia, 1625 del de Bélgica, 1826 del de Veracruz-Llave, 1527 del de Holanda, 1582 del de Guatemala, 1837 del de Chile, 1155 del de Vaud, 1657 del del Uruguay, 1581 del de Portugal, 2451 del de la Luisiana, 1471 del de Nápoles, 1633 del Sardo, 1414 del de la República Argentina, 3004 del de México, 2873 del de la Baja California y 3004 del de Campeche.

§ 1.°

DEL SANEAMIENTO EN CASO DE EVICCIÓN.

Art. 1475. Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior á la compra, de todo ó parte de la cosa comprada.

El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir ó suprimir esta obligación legal del vendedor.

Desde el momento en que se dió por sentado que la garantía que el vendedor debe al comprador, tiene dos objetos, siendo el primero el sostener á éste en la pacífica posesión de la cosa vendida, es evidente que no podia menos de responder al comprador siempre que se le privase del todo ó parte de la cosa comprada por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior á la compra,

Digitized by Google

pues esta es la evicción; y esta es la verdadera garantía que el vendedor puede dar tácita ó expresamente al comprador de que le sostendrá en la quieta y pacífica posesión de la cosa vendida; y decimos tácita ó expresamente, por cuanto aun cuando en el contrato de venta no se haya estipulado tal garantía, estará obligado el vendedor á responder al comprador de la evicción, no solo cuando se le prive de todo ó parte de la cosa vendida, sino cuando se trate de gravarla con cargas que no se hubieran declarado al contratar; esto sin perjuicio de que los contrayentes pacten el aumento ó disminución de esta obligación de derecho ó presunción legal *juris et de jure*, que pueden convencionalmente hasta llegar á extinguirla.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 19, tit. 1.º lib. 21; 4.ª, 37 y 56, tit. 2.º, lib. 29, del Digesto y 32, tit. 5.º, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1398, propuso un precepto idéntico, y en relación está el que nos ocupa con el art. 345 del Código de Comercio y con el penúltimo apartado del art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Concuerda con los arts. 1626 y 1627 del Código de Francia, 1482 y 1483 del de Italia, 1626 y 1627 del de Bélgica, 1528 y 1529 del de Holanda, 1838 y 1839 del de Chile, 1827 y 1828 del de Veracruz-Llave, 1583 al 1585 del de Guatemala, 1658 al 1660 del del Uruguay, 1046 y 1055 del de Portugal, 1624 y 1627 del de Bolivia, 2477 y 2479 del de la Luisiana, 1156 y 1157 del de Vaud, 1633 y 1634 del Sardo, 1894 del de Colombia, 1472 y 1473 del de Nápoles, 3024 en relación con los 1604 al 1606 del de México, 2891 en relación con los 1488 al 1491 del de la Baja California, y 3024 en relación con los arts. 1604 al 1606 del de Campeche.

Art. 1476. Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte.

Solo por la mala fe del vendedor puede conceptuarse nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, pues el último apartado del artículo anterior faculta á los contratantes para suprimir tal obligación legal del vendedor. Y sería grandísima la contradicción entre uno y otro precepto, si no se atendiera exclusivamente al caso de mala fe, en el artículo que al presente comentamos. Así se ve confirmado por el texto de varios artículos de diferentes Códigos extranjeros, puesto que si se leen los arts. 1628 del de Francia, 1484 del de Italia, 1528 del de Holanda, 1480 del de la Luisiana, 1158 del de Vaud, 1635 del Sardo y 1474 del de Nápoles, se ve en todos ellos que se previene que aun cuando se haya estipulado que el vendedor no esté obligado á ninguna garantía, esto no obstante, quedará obligado á lo que resulte de un hecho que le sea propio; y cualquier convenio en contrario será nulo. Nada puede haber que re-

Digitized by Google

vista un carácter más personal que el dolo ó la mala fe; y por ello nuestro Código más expresivo y claro que todos los demas, excluye del convenio autorizado ó de la facultad otorgada en el último apartado del art. 1475 todos los casos de mala fe, declarándolos nulos en éste, porque asi debe declararse todo lo que es torpe y contrario á las buenas costumbres; lo contrario seria consentir que contra los más rudimentarios principios de justicia, el vendedor se aprovechase de su fraude, y suponer infundadamente que el comprador está dispuesto á que impunemente se le engañe.

Precedentes encontramos en la ley 6.ª, párrafo 9.°, y 11.ª, párrafo último, tít. 1.°, lib. 19 del Digesto; y el Proyecto de 1851, en su art. 1399, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los articulos citados de los Códigos extranjeros de que hemos antes hecho mención, y con los arts. 1829 del de Veracruz-Llave, 1842 del de Chile, apartado 2.° del 1660 del del Uruguay, 1586 del de Guatemala, 1607 del de México, 1492 del de la Baja California, 1607 del de Campeche, siendo éstos casi iguales al nuestro.

Art. 1477. Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, á no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose á sus consecuencias.

Reconócese en este articulo como válida la renuncia hecha de buena fe al derecho de saneamiento para el caso de evicción; pero no por esto queda libre el vendedor de la devolución del precio de la cosa vendida, cuando por sentencia firme se le priva al comprador de dicha cosa, en virtud de un derecho anterior á la compra que durante su posesión justifica un tercero; pues dicha venta es de ningún efecto ni valor, y seria un absurdo imposible que, sin la venta cierta y eficaz, adquiriese el vendedor un algo llamado precio, puesto que la causa por la que el comprador pagó el precio, desaparece por la evicción y desde el momento en que la evicción se resolvió en pro del que ejercitó su derecho anterior al contrato de compra y venta, el vendedor percibió sin causa el precio, y debe restituirlo por consiguiente.

Pero esta regla de justicia tiene su excepción, y es la que determina la última parte del art. 1477 que comentamos; cuando el comprador hubiera hecho renuncia al saneamiento para el caso de evicción, conociendo los riesgos de ésta y sometiendose á sus consecuencias, no hay tal devolución de precio, porque se deduce que el comprador quiso jugar un albur, adquiriendo enton-

Digitized by Google

ces lo comprado por un precio relativamente bajo, comprando verdaderamente un derecho incierto é inseguro, una esperanza; siendo entonces la venta muy parecida á la *futuri factus retes*, y tomando el carácter de contrato aleatorio; ó podria presumirse que el comprador habia querido hacer una verdadera donación del precio de la cosa ó de una cantidad determinada bajo una simulada compra de lo que habia de recabarse fácilmente por un tercero.

Prescindiendo de las discusiones varias sostenidas por eminentes publicistas relativamente á si el vendedor debe devolver el precio solo de la cosa evicionada á pesar de la renuncia hecha del derecho al saneamiento, caso de comprar á sabiendas una cosa hipotecada, ó los daños y los perjuicios, ó de los gastos del litigio que temerariamente sostuvo el comprador, y haciendo caso omiso de las leyes romanas que hoy ya no tienen fuerza en la generalidad de España, y en Cataluña la tienen solo como derecho supletorio; hemos de significar nuestra pobre opinión, haciendo presente que siendo lógica y justa la regla sentada en la primera parte del art. 1477 de nuestro Código civil hoy vigente, y respondiendo á elevadas razones de equidad la disposición que ordena la restitución del precio que la cosa objeto de la venta y de la evicción tuviere cuando ésta se decidiese, no hay necesidad de ir más allá, ni de crear dificultades donde la ley es clara, ni sostener distingos y sutilezas inaplicables legalmente. La renuncia del derecho al saneamiento para el caso de evicción no es bastante para que el vendedor se libre de restituir al comprador, si lo pide, el precio que la cosa tuviere al tiempo de la evicción, pues cumplir este precepto basta hoy para decidir toda cuestión.

El mismo Código, en la última parte del referido artículo, sienta la excepción antes dicha de que el vendedor no tiene la responsabilidad indicada cuando el comprador conoce los riesgos de la evicción y se somete á sus consecuencias, pues no hay medio de obligar al vendedor al abono de cosa alguna y mucho menos de los gastos que temerariamente hiciere el comprador sosteniendo un pleito injusto, pues de la mala fe solo es responsable el que la ejerce.

En cuanto á que el precio que haya de devolverse sea el que la cosa tenga al tiempo de la evicción, no cabe duda alguna que es justo y equitativo, porque lo que el comprador pierde es lo que la cosa vale al eviccionarla, sea deteriorada, sea mejorada con relación á la época en que efectuó la compra, por consiguiente, en lo que el comprador pierde es en lo que debe fundarse la restitución, ó mejor dicho, el pago del valor de la cosa eviccionada; pues no es posible ni justo que el aumento del valor de la cosa aproveche á uno, y no le perjudique su disminución. *Qui sentit commoda sentiat et incommoda.*

Precedentes encontramos en las leyes 11, párrafo 18, tit. 1.°, lib. 19 del Digesto; núm. 145 de *regulis juris*; 66.ª, párrafo 3.°, y 70.ª, tit. 2.°, lib. 21 del mismo Digesto, en los que se ve con tanta claridad casi como en nuestro Código

Digitized by Google

la buena doctrina; no apareciendo tan lógico el precepto de la ley 32, tit. 5.°, Partida 5.ª; y el art. 1400 del Proyecto de 1851 propuso un precepto igual al nuestro.

Vemos concordancias, en parte, bajo diferentes artículos de los Códigos modernos extranjeros, si bien los arts. 1629 del de Francia, 1485 del de Italia, 1629 del de Bélgica, 1531 del de Holanda, 1481 del de la Luisiana, 1159 del de Vaud, 1696 del Sardo y 1475 del de Nápoles, solo expresan que el vendedor está obligado á restituir el precio, lo cual da á entender que se devuelva lo que por la cosa vendida se recibió, sin tener para nada en cuenta el aumento ó disminución del valor que dicha cosa tuviera al eviccionarla: expresándose en el mismo sentido que los demás Códigos extranjeros los arts. 1661 y 1662 del del Uruguay, el 1852 del de Chile y el 2100 del argentino; mientras que el art. 1890 del de Veracruz-Llave es igual al nuestro, y parecidas tendencias se ven en los arts. 1609 del de México, 1494 del de la Baja California y 1609 del de Campeche.

Art. 1478. Cuando se haya estipulado el saneamiento ó cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho á exigir del vendedor:

1.° La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor ó menor que el de la venta.

2.° Los frutos ó rendimientos, si se le hubiere condenado á entregarlos al que le haya vencido en juicio.

3.° Las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento.

4.° Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.

5.° Los daños é intereses y los gastos voluntarios ó de puro recreo ú ornato, si se vendió de mala fe.

Igual que este artículo es el 1831 del Código de Veracruz-Llave; y después de lo expuesto en el artículo anterior, poco ó nada podemos adicionar que no sea encomiando la previsión del legislador, que determina taxativamente cuanto de responsable tiene el vendedor cuando el saneamiento se estipuló ó cuando nada sobre ello se pactó al contratar.

Presupónese siempre el saneamiento de la evicción, y por ello el precepto que nos ocupa. Pues bien, bajo esa lógica presunción legal, cuando se estipuló ó cuando nada se expresó sobre dicho saneamiento, el comprador, al verificarse la evicción, tendrá derecho á exigir al vendedor: 1.° la restitución del precio ó valor que la cosa tenga al eviccionarse, sea mayor ó menor que el

Digitized by Google

de la venta, porque solo debe reintegrársele de lo que con la evicción pierde: 2.° los frutos ó rendimientos de la cosa eviccionada si á su entrega hubiera sido compelido el comprador en juicio: 3.° las costas del juicio de evicción: 4.° los gastos del contrato, si los hubiera pagado el comprador: y 5.° los daños é intereses y los gastos voluntarios ó de puro recreo ú ornato. si se vendió de mala fé; pues como el vendedor debe ser emplazado en estos juicios de evicción, si él hubiere consignado el precio al contestar ála demanda, se salvaria del reembolso de los frutos y rendimientos, caso de no quererlo el comprador, porque entonces el vendedor carece ya de los intereses del precio, y el comprador, al continuar el pleito, se constituye en litigante temerario, por cuya razón quedará también el vendedor exento del pago de las costas del pleito que motivó la evicción.

Ahora bien; se suscita la duda, de si absuelto en juicio el comprador ó sea el demandado, y no condenado en costas el demandante, podrá repetir aquel el pago de las por él satisfechos contra el vendedor. Discordes los tratadistas, unos opinan afirmativamente y otros niegan responsabilidad al vendedor en ese caso, por cuanto éste no debe responder mas que del saneamiento y de las costas que haya motivado el pleito de evicción y no de las arbitrariedades de un Tribunal que negando la evicción al demandante, no le condena en costas: de modo que realmente se ven más motivos para negar que para conceder la repetición sobre tales costas.

En cuanto á los gastos del contrato, no debe suscitarse tampoco cuestión; pues si los hubiese pagado el comprador en atención á las utilidades que al mismo pudiera reportarle dicho contrato, desde el momento que la evicción lo anula, debe reintegrársele de aquellos gastos.

Los daños é intereses son asimismo de justo pago, pues del daño emergente y del lucro cesante son y han sido siempre responsables los que lo ocasionan, y el vendedor dió lugar á ellos no conservando en la legal quieta y pacífica posesión de la cosa vendida al comprador.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, tit. 21, lib. 21, y 32.ª, tit. 5.°, Partida 5.ª, habiendo propuesto preceptos casi idénticos el art. 1402 del Proyecto de 1851; y relación más ó menos remota tiene el precepto que nos ocupa con los arts. 1106 y 1108 de este mismo Código, que tratan de la indemnización de perjuicios y sus efectos.

Concordancias vemos en los arts. 1611 y 1612 del Código de Mexico, 1496 y 1497 del de la Baja California, 1611 y 1612 del de Campeche, 1667 del del Uruguay, casi idéntico al nuestro; 1847 del de Chile, casi igual al anterior; 1587 del de Guatemala, muy semejante á los de México, Campeche y Baja California; 1532 del de Holanda, 1630 del de Francia, 1496 del de Italia, 1630 del de Bélgica, iguales entre si y muy semejantes al de Guatemala; viéndose analogías en los arts. 1625 del de Bolivia, 2482 del de la Luisiana, 1160 del de Vaud, 2118 al 2121 del de la República Argentina y 1047 del de Portugal.

Digitized by Google

Art. 1479. Si el comprador perdiere, por efecto de la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprado, podrá exigir la rescisión del contrato; pero con la obligación de devolver la cosa sin mas gravámenes que los que tuviese al adquirirla.

Esto mismo se observará cuando se vendiesen dos ó mas cosas conjuntamente por un precio alzado, ó particular para cada una de ellas, si constase claramente que el comprador no había comprado la una sin la otra.

Consecuencia es este precepto de las bases sentadas al tratar de las obligaciones en general, y se halla en armonia con lo que preceptúan los artículos 1290, 1295, 1481 y 1491 de este mismo Código; pues no cabe duda, que si el comprador pierde, por la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia, relativamente á su totalidad, que sin dicha parte no la hubiere comprado, ha de concedersele facultad para rescindir aquel contrato que no hubiese realizado en las condiciones en que se le coloca, pero también es natural y lógico que el comprador devuelva al vendedor la parte de la cosa vendida que le quede sin más carga ni gravámen que las que tuviese al consumar el contrato de compra y venta, cuya condición no se impone por cierto en los demás Códigos modernos.

La misma regla debe aplicarse al caso de la compra de un coto redondo, y fincas varias por un precio dado que racionalmente no se hubiese comprado con la segregación de alguna parte, pues en ambas milita la misma razón, correspondiendo á los Tribunales, la discreta y equitativa aplicación de estos principios, después de examinadas detenidemente las circunstancias del caso.

Precedentes de gran importancia encontramos en la ley 38. párrafo 14, título 1.º, lib. 21 del Digesto; habiéndose propuesto un precepto análogo en el art. 1402 del Proyecto de 1851.

Concuerda, ó mejor dicho tiene alguna analogia, el precepto que nos ocupa con los arts. 1636 del Código de Francia, 1492 del de Italia muy parecido al primer apartado del nuestro, 1636 del de Bélgica, 1536 del de Holanda igual al anterior y al de Francia, 1832 del de Veracruz-Llave; primero y último apartados del art. 1671 del del Uruguay, idéntico al nuestro hasta imponiendo la obligación al comprador de devolver la cosa libre de los gravámenes que él le hubiera impuesto, como sucede con el de Veracruz citado; 1049 del de Portugal, 1621 y 1622 del de México, 1507 y 1508 del de la Baja California, 1621 y 1622 del de Campeche, 2125 al 2127 del de la República Argentina, 2487 del de la Luisiana, 1166 del de Vaud, 1482 del de Nápoles, 1643 del Sardo, 1634 del de Bolivia y otros.

Digitized by Google

Art. 1480. El saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador á la pérdida de la cosa adquirida ó de parte de la misma.

Es de buen sentido el precepto de este artículo; porque mientras no venga la sentencia firme á decidir la privación al comprador del todo ó la parte de la cosa comprada, en virtud de un derecho anterior á la compra que un tercero hiciera valer en juicio, no puede haber elemento que sanear, ni objeto evidente y cierto de reclamación. *Si fuese vencido en juicio*, decía la ley 32, título 5.°, Part. 5.ª; lo cual equivale al precepto del artículo que comentamos; pero las leyes 57, párrafo 1.°, y 74, párrafo 1.°, tít. 2.°, lib. 21 del Digesto aun eran más exigentes. *Non lata sententia, sed subsequta demum executione, evictio præstanda est.*

El Proyecto de 1851, en su art. 1403, proponia un precepto análogo, y en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 860, 869, 1069, 1461, 1474, 1475, 1481 y 1482 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1833 del Código de Veracruz-Llave, 1673 del del Uruguay tan completo y expresivo como el nuestro; 1855 del de Chile, 1604 del de México, 1488 del de la Baja California, 1604 del de Campeche y 2091 del de la República Argentina; significándose también en los arts. 1628 del de Francia, 1482 del de Italia, 1628 del de Bélgica, 1590 del de Holanda y otros alguna analogía.

Art. 1481. El vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción á instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento.

Dada la acepción etimológica de la palabra evicción, que expresa la idea de una desposesión á consecuencia de una sentencia judicial, la obligación que resulta de la evicción cesa, y no puede menos de cesar, si el vencido en juicio no hubiere hecho citar de saneamiento al enajenante, ó si se hubiere hecho la citación pasado el tiempo que la ley señala para ello: pues el vendedor que ha de sanear de evicción la cosa vendida, necesita para responder de las consecuencias de la evicción, conocer la demanda, para proporcionarse armas con que defender la legal y pacífica posesión de la cosa enajenada, ó para reconocer el derecho de ese tercero demandante como anterior al contrato, y por tanto matar un litigio cuyo sostenimiento pudiera hacerse temerario, pues si el comprador se ha dejado condenar por sentencia firme, sin llamar en su ayuda á juicio al vendedor, si éste probase que habia motivos bastantes para desestimar la demanda, no podia ser responsable de tal evicción.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 53.ª, párrafo 1.º, tit. 2.º, lib. 21 del Digesto; 55.ª del mismo título y libro; 29.ª, párrafo 2.º, tit. 2.º del mismo libro, y 32.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª; proponiéndose un precepto análogo en el art. 1404 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1640 del Código de Francia, 1497 del de Italia, 1640 del de Bélgica, 1539 del de Holanda, que son idénticos, y dicen: que cesa la garantía cuando el comprador se dejó condenar sin citar ó llamar al heredero, etc. etc.; siendo muy semejantes los arts. 1589 del de Guatemala, citando al vendedor en cualquier estado del juicio antes de la apertura á prueba; 1674 del del Uruguay, según el cual no tiene lugar el saneamiento por causa de evicción: 1.º Cuando sin consentimiento del vendedor compromete el comprador el negocio en árbitros, antes ó despues de principiado el pleito. 2.º Cuando habiéndosele emplazado, no hace citar al vendedor con arreglo á lo etc., etc., etc.; 6.º Si consintió la sentencia condonatoria apelable, no estando delante el vendedor ó no habiéndosele notificado á éste: el 1843 del de Chile, en el que se prescribe que el comprador á quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior á la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca á defenderla, haciéndose esa citación con arreglo á la ley de enjuiciamiento; si el comprador omitiere citarle y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento, etc. etc. siendo también concordantes los arts. 1638 del de Bolivia, 1170 del de Vaud, 143 al 146 del de Prusia, tit. 10, donde se manda que el vendedor sea citado inmediatamente; 931 del de Austria, 2493 del de la Luisiana, 1647 del Sardo, 1486 del de Nápoles, 2110 del de la República Argentina, 1610 del de México, 1495 del de la Baja California, 1610 del de Campeche; en cuyos últimos Códigos se determina que el adquirente debe denunciar el pleito de evicción al que enajenó antes del alegato de su derecho, escrito ó verbal que cierra la instrucción, si la cuestión fuese simplemente de derecho, ó antes de recibirse el negocio á prueba si ésta fuera necesaria; y el art. 1834 del de Veracruz-Llave es igual al que de nuestro Código comentamos.

Art. 1482. El comprador demandado solicitará, dentro el término que la ley de Enjuiciamento civil señale para contestar á la demanda, que ésta se notifique al vendedor ó vendedores en el plazo mas breve posible.

La notificación se hará como la misma ley establece para emplazar á los demandados.

El término de contestación para el comprador quedará en suspenso interin no espiren los que para comparecer y contestar á la demanda se señalen al vendedor ó vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la ex-

Digitized by Google

presada Ley de Enjuicimiento civil, contados desde la notificación establecida por el párrafo primero de este artículo.

Si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará, respecto del comprador, el término para contestar á la demanda.

El precepto que acaba de consignarse, puramente ritual, relacionado armónicamante con los arts. 260 al 283 y 525, 530, 681 y demás concordantes de la ley de enjuiciamiento civil hoy vigente, ha de dar excelentes resultados y ha de evitar mas de un litigio insostenible.

Decir que es justo y equitativo cuanto el mismo entraña, es lo mismo que asegurar que el sol da luz y fertiliza el globo. Descender á detalles de como han de hacerse las notificaciones, término del emplazamiento, suspensión del plazo para contestar á la demanda, sería ofender á nuestros lectores; y analizar la ley de enjuiciamiento, dentro del comentario de una ley sustantiva, no sería correcto.

Allá en la ley de enjuiciar civilmente, se encuentra el art. 525 confiriendo traslado de la demanda á las personas contra quien se dirije, para que dentro de nueve dias, improrrogables, comparezca en autos personándose en forma. En el art. 530 se le ordena al personado conteste á la demanda dentro de 20 dias, etc., etc.

Nada mas, por lo tanto, hay que hacer que remitirse á los preceptos de aquella ley.

Art. 1483. Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga ó servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habria adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, á no ser que prefiera la indemnización correspondiente.

Durante un año, á contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, ó solicitar la indemnización.

Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, á contar desde el dia en que haya descubierto la carga ó servidumbre.

Precepto es este que tiene bastante analogia con el del art. 1479, y que en los mismos principios se funda. La equidad aconseja, y la justicia impone que

Digitized by Google

si en la escritura ó título de contrato no consta una carga ó una servidumbre no aparente de naturaleza tal, que, si se hubiese conocido, deba presumirse que el comprador no hubiera comprado la finca sobre que gravita, pueda rescindirse dicho contrato, dejando en libertad al comprador para qué opte por dicha rescisión ó por la indemnización correspondiente de perjuicios. El derecho romano no concedía la rescisión, sino la rebaja proporcional del precio, cuando se descubria el gravamen de una pensión anual sobre una cosa comprada (ley 61.ª, tit. 1.º, lib. 21 del Digesto; ley 41.ª, tit. 1.º, lib. 19 del mismo Digesto; ley 9.ª, tit. 49, lib. 4.º del Código Romano). Pero cuando se descubría un defecto ó calidad en la finca que la hacia inútil ó peligrosa, podia rescindirse el contrato (ley 49.ª, tit. 1.º, lib. 21 del Digesto, y 4.ª, tit. 58 del lib. 4.º del Código Romano); mientras que la ley 63.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª concedía al comprador que en uno y otro caso pudiera devolver la cosa al vendedor.

Y téngase bien en cuenta que lo mismo el art. 1483 que comentamos, que el Digesto, se refieren al caso de carga ó servidumbre no aparente, porque lo que á la vista de todos está no puede inducir á engaño. *Quæ palam apparent, palam venditorem non obligant* (ley 73.ª, tit. 1.º, lib. 18 del Digesto); sin que deba responder tampoco de las servidumbres ó gravámenes legales, aunque no sean aparentes, porque la ignorancia del derecho á nadie excusa, pues si no sabia el comprador pudo asesorarse, si bien no ha de sufrir dicha carga mas que después del contrato, y nunca por atrasos anteriores.

En cuanto á la presunción de que no se hubiera comprado la finca, conocidas ciertas cargas, debe mirarse este punto con la mayor cautela y prudencia, dejándose al arbitrio judicial tan delicada apreciación, y si se resuelve negativamente, se abonará al comprador la indemnización correspondiente; salvando el conflicto, ya obligando al vendedor á libertar la finca del gravamen, si es redimible, ya, de no serlo, obligándole al vendedor á hacer una rebaja proporcional del precio, ó *quanti minoris*.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1405, propuso un precepto análogo; y en relación está el que comentamos con los arts. 530, 532, 534, 536, 1294, 1295, 1299 de este mismo Código; 36 al 38 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponden á los arts. 44 al 46 de la de Cuba y Puerto Rico, y 45 al 47 de la de Filipinas.

Concuerda con los arts. 1638 del Código de Francia, 1494 del de Italia, 1638 del de Bélgica, 1538 del de Holanda, que casi son iguales entre si; 1595 del de Guatemala, 1678 del del Uruguay, que es casi idéntico al nuestro, hasta en prefijar un año para ejercitar la acción rescisoria en este caso, 1835 del de Veracruz-Llave, idéntico al nuestro; 1625 y 1626 del de México, 1511 y 1512 del de la Baja California, 1625 y 1626 del de Campeche, cuyos tres últimos Códigos son esencialmente iguales en esto al nuestro, fijando también el termino de un año desde el otorgamiento de la escritura para la rescisión del contrato, y otro

Digitized by Google

año para la indemnización, á contar desde el dia en que se descubrió la carga ó gravamen; viéndose algunos preceptos análogos en los arts. 2103 del de la República Argentina, 1636 del de Bolivia; 1168 del de Vaud, 2491 del de la Luisiana; 183, tit. 9.°, parte 2.ª del de Prusia; 1483 del de Nápoles y 1645 del Sardo.

§ 2.°

DEL SANEAMIENTO POR LOS DEFECTOS Ó GRAVÁMENES OCULTOS DE LA COSA VENDIDA.

Art. 1484. El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso á que se la destina, ó si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habria adquirido ó habria dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos ó que estuvieren á la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio ó profesión, debía facilmente conocerlos.

Causas análogas é idénticas en la esencia, deben producir los mismos efectos; por esto, si la existencia de cargas ó gravámenes desconocidos, no aparentes, producen la rescisión del contrato, ó la indemnización en los terminos indicados en el artículo anterior, los defectos ocultos de la cosa vendida, que la hacen impropia para el uso á que se destina, y cuyos defectos, conocidos que hubieran sido, habrian sido un obstáculo para la compra, obligan al vendedor á su saneamiento.

En Roma, la cuestión de los vicios redhibitorios se limitó á los animales; pero luego se entendió por analogía á las cosas inanimadas, muebles y ultimamente á los inmuebles; siguiendo igual sistema las leyes de Partida, aun que tal teoría ha sido tratada con más propiedad en los Códigos modernos, si bien no es tan técnico ni expresivo su lenguaje en cuanto al saneamiento por defectos, como relativamente al saneamiento por evicción.

No cabe duda de que la cuestión es puramente de hecho, pues debe demostrarse ante todo que los vicios ocultos que aparezcan en la cosa vendida, la hacen impropia para el uso ó disminuyen de tal modo sus servicios, que desvirtuan el contrato; y ninguna persona amante de sus intereses hubiera efectuado

Digitized by Google

tal compra, por lo cual para fijar esta tésis han de influir mucho las informaciones periciales relativas al uso de la cosa vendida y sus condiciones.

Mas no puede ser el vendedor responsable de los defectos manifiestos, porque como dijimos antes, en lo que está á la vista no cabe engaño, siendo sobre ello valedero el consentimiento, *et volenti non fit injuria;* y en tal caso, de nada sirve al comprador alegar que ignoró ó no se apercibió del defecto, pues, *ignorare non potuit quod omnibus apparere potuit.*

Evidente también es que si el comprador fuese perito en aquello de que se trata, y por dicha razón fácil le fuera conocer aquellos defectos ocultos, no puede reclamar del vendedor lo que una persona imperita tendría derecho á reclamar.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 8.°, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto; párrafo 2.° de la misma ley; 11.ª, párrafo 6.°; 14.ª, párrafo último; 48.ª, párrafo 3.°; 55.ª del mismo título y libro; 66.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; 63.ª y 64.ª del mismo título y Partida.

El Proyecto de 1851, en su art. 1406, propuso preceptos análogos; y en relación está el que comentamos con los arts. 1266, núm 2.° del 1474 de este mismo Código y 342 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1641 y 1642 del Código de Francia, 1498 y 1499 del de Italia, 1641 y 1642 del de Bélgica, 1541 y 1542 del de Holanda, 1598 del de Guatemala, 1679 del del Uruguay, 1857 y 1858 del de Chile, 1836 del de Veracruz-Llave, 2164 del de la República Argentina, 3004 del de México, 2873 del de la Baja California y 3004 del de Campeche, iguales entre sí estos tres últimos y muy parecidos al nuestro.

También encontramos análogos preceptos en los arts. 1641 del de Bolivia, 2496 y 2497 del de la Luisiana, 1172 del de Vaud, 1486 y 1487 del de Nápoles, 1648 y 1649 del Sardo y 1914 del de Colombia.

Los de Francia, Italia y Bélgica, vienen á estar conformes en su esencia, pues según ellos, el vendedor estará obligado á garantir la cosa vendida en cuanto á los vicios ó defectos ocultos que la hagan inservible para el uso á que está destinada, ó que la disminuya de tal modo, que si el comprador los hubiese conocido, no la habría comprado, ó hubiera ofrecido un precio menor. Y el vendedor no estará obligado por los vicios aparentes que el comprador haya podido conocer por sí mismo.

Los Códigos de Chile y de la República Argentina, tratan de la acción redhibitoria diciendo que ésta es la que tiene el comprador para que se rescinda la venta ó se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz ó mueble llamados redhibitorios; exponiendo cada uno de ellos preceptos esencialmente iguales á todos los citados sobre la misma tésis.

Art. 1485. El vendedor responde al comprador del sanea-

Digitized by Google

miento por los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase.

Esta disposición no regirá cuado se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios ó defectos ocultos de lo vendido.

Aunque sin las mismas palabras y aparta los, vemos preceptos esencialmente idénticos en los arts. 1837 del Código de la Baja California, 1643 del de Francia, 1500 del de Italia, 1643 del de Belgica, 1980 del del Uruguay, 1599 del de Guatemala, 1542 del de Holanda; en todos los cuales se presupone que el vendedor debe sanear los vicios ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase; y que las estipulaciones en términos generales de que el vendedor no responde por vicios redhibitorios, no le exime de responder por el vicio oculto de que no dió conocimiento al comprador teniendo él noticia del mismo. Esto se ve principalmente en el Uruguay: y con distintas frases se previene lo mismo en el Código de Chile, pues en su art. 1759 se dice que si se ha estipulado que el vendedor estuviese obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado á sanear aquellos de que tuvo conocimiento y de que no dió noticia al comprador; siendo muy semejante el precepto del art. 2137 del Código de la República Argentina; y viéndose análogas prescripciones en los arts. 2526 del de la Luisiana y 1173 del de Vaud.

Tanto las leyes romanas citadas al comentar el art. 1484 como las de Partida á que entonces nos referimos, son verdaderos precedentes del que ahora nos ocupa, pero viéndose en los casos que uno y otro precepto comprenden cierta reciprocidad, los tratan antes y sin la separación que en los modernos Códigos. El Proyecto de 1851, en su articulo 1407, propuso un precepto análogo al que de nuestro Código al presente comentamos.

Art. 1486. En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, ó rebajar una cantidad proporcional del precio, á juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

Preceptos comunes para los anteriores casos señala este artículo, sin que otra cosa pudiera suceder, dada la relación estrecha que hemos dicho tienen los dos referidos artículos precedentes con el 1479 de este mismo Código; pues

Digitized by Google

lógico y natural es que, si se parte de la presunción legal de que el comprador no hubiera comprado lo que compró si hubiese conocido los defectos ocultos del objeto de su compra, si ha de atenderse á las consecuencias inevitables de tales premisas, no hubiera comprado; luego tiene la facultad de rescindir aquello que hizo bajo supuestos falsos y que no hubiese hecho bajo conocimiento de hechos ciertos; y esto es tan natural que se impone por si mismo, tanto es así, que ya lo digimos al comentar los artículos anteriores, aunque en ellos no se expresa lo que aquí, lo que en éste, que es parte integrante de cada uno de aquellos, las mismas causas no pueden menos de producir idénticos efectos. De aquí la opción entre la rescisión ó la rebaja proporcional del precio, de que se ocupa el primer apartado del artículo que al presente comentamos.

En cuanto al 2.° apartado: si el vendedor conocia los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, la cuestión es mucho más grave, pues se patentiza el dolo de que se ocupó la ley 43, párrafo 2.°, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto; y si no ha manifestado tales vicios, expresándolos clara y distintamente, según prevenia la ley 1.ª, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto, no podrá excusarse el vendedor pretestando que vendia la cosa *qualis erat* y no queria responder de sus defectos, pues ésto no servirá mas que para agravar su mala fe; y por ello, además de facultar la ley al comprador para que opte por la rescision ó por la rebaja proporcional del precio á juicio de peritos, como en el caso anterior, el vendedor responderá de la indemnización de daños y perjuicios, si el comprador optase por la rescisión del contrato; pues es de justicia que se establezca alguna diferencia entre el vendedor de buena y de mala fe.

Hay que hacer presente que el que usaba una de las expuestas acciones, no podia recurrir después á la otra, según la ley 25, párrafo 2.°, tit. 2.° lib. 44 del Digesto.

También debe tenerse en cuenta que según el núm. 132 de *regulis juris*, el vendedor que no sabia lo que por oficio debia saber, es culpable de los defectos con que enajenó la cosa, y responsable, por consiguiente, de la bondad de su obra para el uso á que naturalmente debe ser destinada; así el cubero que vende cubas ignorando sus defectos, si en ellas se encierra vino por el comprador y se derrama ó pierde por causa de los defectos, responde de éstos y de sus consecuencias aún si los hubiera conocido; lo mismo que si por la mala calidad de la madera tomase mal gusto el vino.

El Proyecto de 1851, en su art. 1408, propuso preceptos análogos; y concuerda con los arts. 1644 al 1646 del Código de Francia, 1501 al 1503 del de Italia, 1644 al 1646 del de Bélgica, 1605 del de Guatemala, 1681 del del Uruguay, 1543 al 1545 del de Holanda, 1860 y 1861 del de Chile, 2174 y 2175 del de la República Argentina, 1643 del de Bolivia, 2509 del de la Luisiana, 1576 del de Portugal, 1917 del de Colombia, 3006 y 3007 del de México, 2875 y 2876 del de la Baja California, 3006 y 3007 del de Campeche y 1838 del de Veracruz-Llave; siendo

Digitized by Google

estos cuatro últimos casi idénticos al nuestro; los de Francia, Italia, Bélgica y Holanda, esencialmente iguales entre sí y muy semejantes al nuestro; el argentino, conforme con la ley 18, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto y con la ley 64, tit. 5.°, Part. 5.ª, solo concede la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, cuando el vendedor sabia el precio de la cosa vendida, y cuando lo ignoraba concedia únicamente la accion *quanti menoris*.

En cambio el art. 1860 del chileno dice: que los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir ó la rescisión de la venta ó la rebaja del precio, según mejor le pareciere; y el 1861 de dicho Código previene que si el vendedor conocia los vicios y no los declaró, ó si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión ú oficio, será obligado, no solo á la restitución ó rebaja de precio, sino á la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocia los vicios ni eran tales que por su profesión ú oficio debiera conocerlos, solo será obligado á la restitución ó á la rebaja de precio.

Art. 1487: Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador.

De eterna justicia es el precepto que acabamos de consignar, y en conformidad se encuentra con los principios generales sentados acerca de las obligaciones.

Aunque las cosas perecen para su dueño, si la causa de su pérdida es el defecto oculto en que se vendió, y éste lo conocia el vendedor, claro está que además del vicio de origen que anula el contrato de lo que se vendió como bueno, siendo de ningún valor y vida, tendríamos la mala fe del que vendió suponiendo causas falsas y condiciones en la cosa que no tenia; y como sobre lo que es falso no cabe verdadero consentimiento, porque para que éste exista se hace indispensable la confluencia de las voluntades de los contratantes acerca de una *cosa cierta* y su precio, por ello es altamente justo que el vendedor sufra la pérdida de la cosa que pereció por el vicio oculto con que se vendió y deberá restituir el precio al comprador, y abonarle además los gastos del contrato, con más los daños y perjuicios irrogados por el mismo; pero si el vendedor no conocia tales vicios, al perderse por ellos la cosa vendida, sólo restituirá al comprador el precio de la compra y los gastos del contrato, si hubiere sido el comprador quien los hubiese pagado.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en la ley 13, tit. 1.°, lib. 19 del Digesto, y el Proyecto de 1851, en su art. 1409, propuso preceptos análogos; relacionándose el precepto que nos ocupa con los arts. 1101, 1102, 1106 al 1108, 1266, 1455 y 1465 de este mismo Código. Debiendo hacer presente que la prueba de que la cosa pereció por consecuencia de los vicios ocultos que tenia al perfeccionarse el contrato incumbe al comprador, y que lo que reste de la cosa ó sus accesorios deberá el comprador devolverlo al vendedor, como de un caballo, la piel, el cabezon, etc., etc.

Concuerda con los arts. 1647 del Código de Francia, 1546 del de Holanda, 1647 del de Bélgica, 1504 del de Italia casi iguales entre si y muy parecidos al nuestro; 1839 del de Veracruz-Llave idéntico al que comentamos; 1602 del de Guatemala, 1684 del del Uruguay apartado primero; 2178 del de la República Argentina, 1645 del de Bolivia, 1178 del de Vaud, 2510 del de la Luisiana, 1654 del Sardo, 1492 del de Nápoles, 1918 del de Colombia, 1861 del de Chile, 3009 y 3010 del de México, 2878 y 2879 del de la Baja California 3009 y 3010 del de Campeche y otros.

Art. 1488. Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito ó por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse.

Si el vendedor obró de mala fé, deberá abonar al comprador los daños é intereses.

Lucha de ideas existe entre lo expuesto en los arts. 1647 del Código de Francia, 1504 del de Italia, 1647 del de Bélgica, 1510 del de la Luisiana, 1546 del de Holanda, 1178 del de Vaud, 1654 del Sardo y 1492 del de Nápoles y el precepto del artículo que comentamos, pues mientras aquellos se limitaban á prevenir á su final que apesar de lo expuesto en su primera parte (que es el concordante con nuestro artículo anterior), será de cuenta del comprador la pérdida ocasionada por caso fortuito; el que del nuestro al presente comentamos, de conformidad con el art. 1840 del de Veracruz-Llave, sienta otro principio que parece tomado de la ley 31, párrafo 11, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto, según el cual, habiéndose vendido la cosa con vicio oculto, aunque haya perecido por culpa del comprador, no queda éste excluido de la acción redhibitoria, y al ejercitar tal acción y vencer en juicio, deberá restituirla, ó abonar al vendedor lo mismo que si la cosa no hubiere perecido, descontándose del precio de la compra el valor que tenia la cosa al perecer: siendo de observar que la ley 25 del mismo título y libro del Digesto que acabamos de indicar, hace extensivo idéntico

Digitized by Google

precepto para el caso de haberse deteriorado la cosa por falta ó culpa del comprador, puesto que faculta á éste para ejercitar la misma acción redhibitoria, siempre que abone ó descuente del precio, el importe del deterioro; lo cual es perfectamente equitativo, pues basta que el vendedor sea indemnizado de la falta cometida por el comprador de la cosa vendida, para que él no deba aprovecharse de ella, ni enriquecerse con su nueva posesión.

Con mayor razón conserva el comprador la acción redhibitoria cuando la cosa ha perecido por caso fortuito; pues aunque perezca para el verdadero dueño, esto no significa que haya de rebajarse del precio de la compra el valor de la cosa cuando ésta por caso fortuito pereció realmente, pues tampoco sería equitativo que el vendedor se aprovechase de accidente inculpable, en perjuicio del comprador.

El Proyecto de 1851, en su art. 1410, propuso un precepto análogo; y en relación está el que comentamos con los arts. 1105 al 1108 de este mismo Código, y con los arts. 333 al 335 y 342 del de Comercio.

Concuerda con los artículos de los Códigos anteriormente citados, y con los arts. 2179 del de la República Argentina, apartado 2.º del 1684 del del Uruguay, 1919 del de Colombia, 1862 del de Chile, previniéndose en este último que si la cosa viciosa ha perecido después de perfeccionado el contrato de venta, no por eso perderá el comprador el derecho que hubiere tenido á la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa; pero si ha perecido por efecto del vicio inherente á ella, se seguirán las reglas del artículo precedente.

Art. 1489. En las ventas judiciales nunca habrá lugar á la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí á todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores.

Razones varias hay para justificar este precepto: en primer lugar, las ventas judiciales todas se hacen á pública subasta, se anuncian previamente, se consigna en el anuncio donde se encuentra la cosa objeto de la venta para que por todos sea conocida, se le da un carácter de publicidad al asunto, se le rodea de tantas seguridades como tasación previa, presentación de títulos si es inmueble, se la reviste de tales formalidades que no se hacen de temer fraudes en el vendedor, ni ignorancia en el comprador. No es, pues, la razón de ser de este precepto, como algunos publicistas aseguran, que la responsabilidad de daños y perjuicios deje de existir porque son los Tribunales los que efectuan la venta y no el propietario; es por desaparecer los causales que motivaron dicha responsabilidad. No es un privilegio, ni un miramiento siquiera al Tribunal que vende solemnemente lo embargado por razón de un ejecutivo, ó los

Digitized by Google

bienes que de menores hay necesidad de vender, etc. etc., no; es una consecuencia de esa publicidad, de esas peritaciones que anteceden á la venta, de esos reconocimientos del objeto puesto en venta, de esas precauciones que en estas enajenaciones se observan y que imposibilitan los daños y perjuicios. Buena prueba de esto es, que, como á pesar de todas esas formalidades, puede haber un tercero con un derecho anterior al contrato, no se elimina del saneamiento por evicción, ninguna venta judicial.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, párrafo 3.º, tít. 1.º, lib. 21 del Digesto; y el art. 1411 del Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo, relacionándose el que nos ocupa con los arts. 1106 y 1108 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1649 del Código de Francia, 1506 del de Italia, 1649 del de Bélgica, 1841 del de Veracruz-Llave, idéntico al nuestro; 1548 del de Holanda, como los de Francia, Bélgica é Italia; 1922 del de Colombia, 1865 del de Chile, 1686 del del Uruguay, 2122 del argentino, 3011 del de México, y 3011 del de Campeche, cuyos dos últimos son iguales al nuestro.

Art. 1490. Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán á los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.

Era preciso marcar un límite al ejercicio de las acciones á que dan lugar los preceptos de los cinco anteriores artículos, pues lo contrario entorpecería la seguridad y determinación de la propiedad; y por ello, apelando á presunciones legales de renuncias de tales acciones, se fija aquí el plazo de seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida, para la extinción de dichas acciones.

Reconocida por todos la razón y la necesidad de fijar un término para el ejercicio de las acciones *redhibitorias* y *quanti minoris*, no todos los Códigos están conformes en la extensión de ese plazo. Entre las antiguas legislaciones, la ley 2.ª, tit. 58, lib. 4.º del Código romano, y las leyes 19.ª, párrafo último; 28.ª y 38.ª, tit. 1.º, lib. 21 del Digesto, prefijaron seis meses para la *redhibitoria*, y en muy limitados casos dos meses, mientras que el plazo de la *quanti minoris* lo extendían de ordinario á un año, y en ciertos casos lo reducían á seis meses. La ley 65.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, señaló siempre *seis* meses para la *redhibitoria*, y *un año* para la *quanti minoris*.

El Código francés, en su art. 1648, no fija plazo, y dice solo que deberá intentarse por el adquirente en un plazo breve, según la naturaleza de los vicios redhibitorios y la costumbre del lugar en que se haya hecho la venta, siendo doctrina sentada por varias sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre otras la de 14 Noviembre de 1853, que en las ventas de inmuebles, el

Digitized by Google

plazo para intentar la acción *redhibitoria*, no estando prefijado por la ley, queda á la soberana apreciación de los Jueces. El art. 1505 del Código de Italia, establece en su primer apartado que la acción redhibitoria que se funde en los vicios de la cosa, deberá entablarse por el comprador, tratándose de inmuebles, dentro del año de la entrega; y en su segundo apartado, se fija el plazo de 40 dias tratándose de venta de animales, y el de tres meses desde la entrega de la cosa si se tratase de efectos muebles. Los arts. 1648 del de Bélgica y 1547 del de Holanda, no fijan término. Los arts. 1607 del de Guatemala, y 1687 del del Uruguay, 1842 del de Veracruz-Llave, señalan *seis* meses; así como los arts. 3012 del de México, 2880 del de la Baja California, y 3012 del de Campeche; mientras que el art. 1866 del de Chile distingue los muebles de los raices, marcando para los primeros *seis* meses, y para los segundos un año; pero todos los Códigos ó la mayor parte, contando el plazo desde la entrega real de la cosa, y salvo las estipulaciones que las partes hicieren.

Los que marcan plazo distinto para la *redhibitoria* que para la *quanti minoris*, fúndanse en que, resolviéndose por la primera, el contrato debe durar menos. Los que ocupándose solo de la primera, hacen diferencias entre las ventas de muebles é inmuebles, no las fundan. La verdad del hecho es que hay sobre esto una heterogeneidad asombrosa, que en la Luisiana señalan igual plazo para muebles que inmuebles, pero lo extienden á un año (art. 2512 y 2522); el 1171 del de Vaud, no admite acción redhibitoria sino en los muebles, y cada Código señala sobre esto el plazo que á sus autores les parecieron más conveniente.

Nuestro Código que es de los más lógicos y filosóficos, señala seis meses desde la entrega de la cosa, porque desde entonces empieza á encontrarse en aptitud el comprador de conocer los vicios de la cosa comprada, y conceptúa lo mismo esta época para unos que para otros bienes.

Art. 1491. Vendiéndose dos ó más animales juntamente, sea en un precio alzado, sea señalándolo á cada uno de ellos, el vicio redhibitorio de cada uno dará solamente lugar á su redhibición, y no á la de los otros; á no ser que aparezca que el comprador no habría comprado el sano ó sanos sin el vicioso.

Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja ó juego, aunque se haya señalado un precio separado á cada uno de los animales que lo componen.

La naturaleza parece inspiró estos principios traducidos en preceptos legales por las leyes 34, 36 y 38 tit. 1.°, lib. 21 del Digesto; de donde parece haber tomado su fecunda esencia nuestro Código; y como todo lo que está conforme

Digitized by Google

con la naturaleza de las cosas prevalece, de aquí el que, el artículo que comentamos se haga imperecedero en su substancialidad, cualquiera que sea la forma más ó menos perfecta que se quiera dar.

Si se venden dos ó más animales juntamente, sea por precio alzado, sea por precio determinado cada uno, evidente es que el vicio redhibitorio de uno solo, ó de cada uno de aquellos animales vendidos no puede dar lugar más que á su propia redhibición, pues siendo individualidades que componen un grupo, no ha de alterarse generalmente el grupo por el vicio de una unidad que sustituirse puede fácilmente con otra, pero esta regla general tiene, como todas, sus excepciones; cuando aparece que el comprador no hubiera comprado el grupo sin contar con la sanidad del vicioso. De aquí que nuestro Código, siguiendo el sistema del Digesto y de las Partidas, desciende á los ejemplos. Efectivamente: uno compra un tiro de jacas cordobesas aparejadas para coche, ó una yunta, pareja ó juego, y aunque al comprarlo en junto se le haya señalado un precio á cada jaca, si una resulta con un vicio redhibitorio, se presume que el comprador no hubiese ajustado una jaca sin la otra, que no hubiera adquirido la pareja, á saber que la unidad era viciosa, y la redhibitoria se extiende á la pareja, tiro ó yunta; pues de lo contrario, se compraría un todo que no puede servir al uso destinado, y cuyas partes separadas desmerecerían mucho de su valor, porque la compra se hizo *ut plerumque*, por consideración á ciertas circunstancias comunes á todas las cosas vendidas, como la alzada, color, pelo, marcha, etc.

Esto no significa que en este como en todos los artículos que solo se trata de la acción *redhibitoria*, no quepa, por voluntad de las partes, la acción *quanto minoris* ó rebaja del precio, por quelo mayor envuelve lo menor, pero entonces la minoración deberá hacerse con relación al menor valor de las cosas ó animales al tiempo de la venta por el descubrimiento del vicio, no exclusivamente á la depreciación de la cosa viciosa, á no ser que se hubiera señalado precio á cada una de las cosas ó animales, porque entonces la rebaja deberá hacerse atendiendo á lo que se dió en venta por lo que después resultó vicioso.

El Proyecto de 1851, en su art. 1413, propuso un precepto análogo, y en relación está con los arts. 1266, 1474, 1484 y 1493 al 1499 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1683 del Código del Uruguay, 1864 del de Chile, 3013 y 3014 del de México, 2881 y 2882 del de la Baja California, 3013 y 3014 del de Campeche, 1843 del de Veracruz-Llave, todos esencialmente iguales al nuestro, 2177 del de la República Argentina, 1921 del de Colombia y 1582 del de Portugal, que son algo análogos.

Art. 1492. Lo dispuesto en el artículo anterior respecto de la venta de animales se entiende igualmente aplicable á la de otras cosas.

Digitized by Google

Nada hay que decir respecto de este artículo, porque es de sinderesis. Ya lo hemos dicho más de una vez: las mismas causas producen los mismos efectos. Téngase pues por reproducido lo expuesto al comentar el artículo anterior.

Se ve alguna alguna analogía histórico legal en la ley 61, tit. 1.°, lib. 21 del Digesto; y en el art. 1414 del Proyecto de 1851 se propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1944 del Código de Veracruz-Llave, 1864 del de Chile, 3015 del de México, 2893 del de la Baja California, 3015 del de Campeche y otros Códigos extranjeros.

Art. 1493. El saneamiento por los vicios ocultos de los animales y ganados no tendrá lugar en las ventas hechas en feria ó en pública subasta, ni en la de caballerías enajenadas como de deshecho, salvo el caso previsto en el artículo siguiente.

Lógico es que el saneamiento por vicios ocultos de los animales y ganados, no tenga lugar en las ventas hechas en feria ó pública subasta: en primer lugar por la inestabilidad de las ferias, por los reconocimientos y tasaciones que sobre todo en las subastas preceden siempre á la perfección del contrato; como es también lógico y justo que no quepa tal saneamiento en las caballerías enajenadas como de derecho, bien sean del ejército, como decía el Proyecto de 1851, bien de particulares, porque lo que de desecho se vende, no puede ménos de tener vicios, y bajo este supuesto se compra. De modo que allí no cabe error en el consentimiento.

Más que precedentes verdaderos, algún tanto análogos encontramos en las leyes 13 y 15, tit. 1.°, lib. 18 del Digesto, y 66, tit. 5.° Part. 5.ª; proponiéndose casi igual precepto que el que nos ocupa en el art. 1415 del Proyecto de 1851.

Concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, si bien unos son de referencia á otras leyes especiales como sucede con el art. 1180 del de Vaud, que determina que una ley particular fijara los vicios que hayan de dar lugar á la acción redhibitoria respecto de los animales; los arts. 1641 y 1648 del de Francia, éste principalmente que se refiere á las costumbres del lugar donde se haya efectuado la venta; como sucede con los arts. 1641 y 1648 del Código de Bélgica; el art. 1845 del de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro; el 1505 del de Italia, en cuyo penúltimo apartado se refiere á los vicios determinados por la ley ó por los usos locales, como lo hace el art. 1547 del de Holanda; viéndose análogos preceptos en los arts. 199, tit. 9.°, primera parte del de Prusia; 924 al 927 del de Austria, 2500 del de la Luisiana; 23 del Bávaro (cap. 3.°, lib. 4.°); 3016 del de Mexico y 3016 del de Campeche; relacionándose perfectamente el pre-

Digitized by Google

cepto que de nuestro Código al presente comentamos, con los arts. 82 al 86 del Código de Comercio vigente.

Art. 1494. No serán objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo.

También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si, expresándose en el mismo contrato el servicio ó uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo.

Es de buen sentido que no puedan ser objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Razones de salud pública, que implica más que el orden público, de equidad y justicia aconsejan tal precepto. Y nulo debe ser todo contrato que al mismo se oponga.

De estas enfermedades se ocuparon muchos Códigos modernos, é imitando nosotros al Gobierno francés, la Comisión de Códigos, el año 1848 (el 19 de Marzo), pasó el asunto á informe de la Junta de Catedráticos de la Escuela superior de veterinaria, que dió un luminosò dictámen, diciendo que el sistema que acostumbraba á seguirse, consignado se encuentra en la obra, «El exterior del caballo y la jurisprudencia veterinaria comercial,» publicada por uno de los profesores de la Junta, y aceptada como de texto.

El primer apartado del art. 1494 que de nuestro Código al presente nos ocupa, parece una copia del precepto que se propuso en el art. 1416 del Proyecto de 1851.

El segundo apartado del referido artículo que comentamos, es una consecuencia de lo que dejamos sentado respecto de las causas de los contratos y de toda obligación; si la cosa comprada para un objeto dado, resulta inútil para el objeto ó uso expresado ó estipulado en el contrato, desaparece la razón de ser de éste, y por consiguiente, será nulo el contrato de compra y venta de ganados y animales que habiéndose expresado en el contrato el servicio para que se adquieren, resulten inútiles para prestarlo.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafos 6.º, 8.º y 9.º; 10.ª, párrafos 2.º; 12, párrafo 1.º; 38, párrafo 9.º, tit. 1.º, lib. 21 del Digesto.

Concuerda con el art. 1846 del Código de Veracruz-Llave y otros.

Los vicios redhibitorios se califican en unas naciones según las leyes especialmente dictadas al efecto; en otras se confía al peritaje; y si bien el Proyecto de Código de 1851, propuso su fijación en los arts. 1418, 1420 y 1421 (1), dedicando el primero al caballo, mulo y asno; el segundo al vacuno, y el tercero al lanar; nuestro Código lo ha fiado al reconocimiento facultativo.

(1) Véase la página siguiente.

Digitized by Google

(1) ART. 1418

Vicios redhibitorios en el caballo, mulo y asno:

1.° El tiro, no habiendo desgaste en los dientes, y aun que lo haya, si el animal no ha sido reconocido.

2.° La contramarca de edad, cuando no haya mediado reconocimiento.

3.° El miasmo incipiente y el lamparon, antes de la presentacion de los tumores.

4.° La cojera, sea en frio o en caliente.

5.° El sobrealiento, silbido, ronquera o estrechez de resuello.

6.° El huérfago.

7.° Las hernias intermitentes.

8.° La cualidad de reproplo o estar resablado.

9.° La amaureosis o gota serena incipiente.

10.° La mala dentadura.

11.° La epilepsia.

12.° La fluxion periodica.

ART. 1420

Respecto del ganado vacuno son defectos redhibitorios:

1.° Las consecuencias de no expulsar las parias, y la retroversion o caida del útero o vagina, siempre que el parto se haya verificado estando la vaca en poder del vendedor.

2.° La tísis pulmonar.

3.° La epilepsia.

4.° El vicio de las vacas mamonas.

ART. 1422

En el ganado lanar, son vicios redhibitorios los siguientes:

1.° La comalia o morriña.

2.° La viruela, siempre que el comprador no haya metido el rebaño o una parte de él en paraje infestado, ni lo haya comunicado con res que lo estuviere.

3.° El sanguiñuelo o sangre de bazo, siempre que en el termino de quince días haya perecido la décima parte del ganado vendido.

Art. 1495. Cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputará redhibitorio.

Pero si el Profesor por ignorancia ó mala fé dejara de descubrirlo ó manifestarlo, será responsable de los daños y perjuicios.

Tan cierto es lo que acabamos de exponer al comentar el articulo anterior, respecto de haberse confiado al reconocimiento facultativo el vicio oculto de los animales, que en este articulo que ahora nos ocupa se previene, que si ese vicio fuese de tal naturaleza que no bastasen los reconocimientos periciales para su descubrimiento, se reputen redhibitorios, con lo cual se sienta una presunción legal favorable al comprador, que quizá pueda perjudicar al vendedor.

Y convencido el legislador de que desgraciadamente no se observa siempre en el peritaje toda la moralidad que fuera de desear, hace responsable de daños y perjuicios al Profesor que por ignorancia ó mala fe dejara de descubrir ó de manifestar en su informe el vicio redhibitorio que hubiere encontrado; pues

Digitized by Google

de este modo, y haciendo efectiva la responsabilidad de algunos peritos, podrá sustentarse la confianza en esa clase de prueba que siendo honrada podria auxiliar á los Tribunales.

El Proyecto de 1851, en su art. 1417, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 1106 al 1108 de este mismo Código, sin que veamos verdaderas concordancias con los extranjeros.

Art. 1496 La acción redhibitoria que se funde en los vicios ó defectos de los animales, deberá interponerse dentro de cuarenta dias, contados desde el de su entrega al comprador, salvo que, por el uso en cada localidad, se hallen establecidos mayores ó menores plazos.

Esta acción en las ventas de animales sólo se podrá ejercitar respecto de los vicios y defectos de los mismos que estén determinados por la ley ó por los usos locales.

Igual precepto vemos en los apartados 2.° y 3.° del art. 1505 del Código de Italia, mientras que en los arts. 3019 del de México y 3019 del de Campeche, se fija el plazo de veinte dias contados desde la fecha del contrato; y segun anteriormente expusimos, la ley 65, tit. 5.°, Part. 5.ª, prefijaba el término de seis meses.

Art. 1497. Si el animal muriese á los tres dias de comprado, será responsable el vendedor, siempre que la enfermedad que ocasionó la muerte existiera antes del contrato, á juicio de los Facultativos.

Una medida de equidad encierra este artículo, pues se establece una semipresunción legal de que la muerte de animales ocurrida á los tres dias de su venta debe reconocer por causa una enfermedad anterior al contrato; pero como pudiera perecer por otra causa posterior, el legislador previene que informen los facultativos, y si su informe coincide con esa semipresunción, si según su dictámen la causa ocasional de la muerte era anterior al contrato, será responsable el vendedor.

El Proyecto de 1851, en su art. 1425, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1847 del Código de la República de Veracruz-Llave, 3017 del de México, 2884 del de la Baja California, 3017 del de Campeche y otros.

Digitized by Google

Art. 1498. Resuelta la venta, el animal deberá ser devuelto en el estado en que fué vendido y entregado, siendo responsable el comprador de cualquier deterioro debido á su negligencia, y que no proceda del vicio ó defecto redhibitorio.

Consecuente con el principio de que *nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro* y con las bases sentadas al tratar de las obligaciones en general, el legislador no ha podido menos de dictar este precepto, pues es de justicia que, rescindida la venta por efecto de los vicios redhibitorios anteriores al contrato que se encontrasen en la cosa ó animal objeto de dicha venta, se devuelva en el estado que fué vendido y entregado, y el comprador responderá de cualquier deterioro debido á su negligencia y que no proceda del vicio ó defecto redhibitorio que dió lugar á la rescisión.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1427, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1849 del Código de Veracruz-Llave, 3018 del de México, 2885 del de la Baja California, 3018 del de Campeche y otros, que son esencialmente idénticos al que de nuestro Código comentamos y que directamente se relacionan con los arts. 1104 y 1295 de este mismo Código.

Art. 1499. En las ventas de animales y ganados con vicios redhibitorios, gozará también el comprador de la facultad expresada en el art. 1486; pero deberá usar de ella dentro del mismo término que para el ejercicio de la acción redhibitoria queda respectivamente señalado.

Ya lo digimos anteriormente; como que la rescisión es de más importancia que la rebaja proporcional del precio, es evidente que el comprador de animales y ganados con vicios redhibitorios que tienen facultad para solicitar la rescisión del contrato ejercitando la acción redhibitoria, puede de la misma manera optar por la rebaja de una cantidad proporcional del precio, á juicio de peritos; opción á la que se refiere el art. 1486 de este mismo Código, y del que ya dijimos en tiempo oportuno lo procedente; usando de una ú otra acción dentro del término de 40 días.

El Proyecto de 1851, en su art. 1428, propuso un precepto idéntico, y concordancias vemos en los arts. 1850 del Código de Veracruz-Llave, 3006 del de México, 2875 del de la Baja California, 3006 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

CAPÍTULO V.

De las obligaciones del comprador.

Art. 1500. El comprador está obligado á pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato.

Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

Expuestas ya las obligaciones del vendador, ocúpase este capítulo 5.° de las obligaciones del comprador. La principal obligación de éste es la de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. Y como antes hemos dicho que la principal obligación del vendedor es entregar la cosa vendida, se nos ocurre que alguno preguntará ¿quién debe cumplir antes, el comprador ó el vendedor? Según lo que expusimos al comentar el art. 1466, parece que el comprador es el primer obligado á entregar el precio. Según el orden á que parece referirse el art. 1461, debería serlo el vendedor el que primero debe entregar la cosa vendida. No cabe duda que en la compra y venta de muebles y efectos fungibles, hecha puramente ó sin condición, la entrega de la cosa objeto de la venta y la del precio objeto de la compra, deben ser simultáneas. Si nos hubiéramos de fijar en el espíritu y letra de las leyes de Partida, el comprador debe pagar el precio de la cosa vendida,' y hasta entonces no adquiere el dominio de ella aunque se le hubiera entregado con anterioridad, á no ser que se hubiese dado fiador ó tomado plazo para pagarlo: cuya doctrina se halla confirmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que en varias sentencias del mismo, entre otras la de 14 de Diciembre de 1861 y la de 7 de Octubre de 1889, así se determina.

Pero si bien es esto cierto, y bajo este punto de vista no cabe duda que es el comprador quien primero debe entregar el precio, podría suceder que si fuere el *vendedor* quien instase el cumplimiento del contrato, le opusiera en juicio el *comprador* la excepción de no haber cumplido por su parte con la obligación de entregar la cosa vendida sin que el demandado tenga que probar tal excepción; y bajo este concepto podría sostenerse que quien primero tiene obligación de cumplir un contrato es el que insta su cumplimiento.

El lugar donde se ha de hacer el pago, no tiene duda, el estipulado; y de no estipularse, el punto donde se entrega la cosa.

Precedentes encontramos en las leyes 13.ª, párrafo 8.°, tit. 1.°, lib. 19; 19.ª,

Digitized by Google

tit. 18 del mismo lib. 19 del Digesto; núm. 14 de *regulis juris*; 28.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, y 46.ª, tit. 28, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1429, propuso preceptos idénticos al que comentamos, que en relación está con los arts. 1113, 1125 y 1171 de este mismo Código, especialmente en este último, en el que se prescribe que el pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación, no habiéndose designado y tratándose de cosa determinada, donde ésta existia en el momento de constituirse la obligación, y en cualquier otro caso el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

Concuerda con los arts. 1650 y 1651 del Código de Francia, 1507 y 1508 del de Italia, 1650 y 1651 del de Bélgica, 1549 y 1550 del de Holanda, 1551 y 1552 del de Guatemala, 1689 del del Uruguay, 1851 del de Veracruz-Llave, 1583 del de Portugal, 1871 y 1872 del de Chile, 1424 del de la República Argentina, 3025 y 3026 del de México, 2892 y 2893 del de la Baja California, 3025 y 3026 del de Campeche, que son casi iguales al nuestro; viéndose analogías en los arts. 1648 del de Bolivia, 2528 del de la Luisiana, 1182 y 1183 del de Vaud, 1928 del de Colombia y otros.

Art. 1501. El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en los tres casos siguientes:

1.° Si así se hubiere convenido.

2.° Si la cosa vendida y entregada produce fruto ó renta.

3.° Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1100.

Contiene este artículo prescripciones justas, que son de buen sentido, y que como tales, los Códigos de todas las naciones los adoptan.

Si el vendedor entrega al comprador la cosa vendida, evidente es que en el tiempo que media entre aquella entrega y el recibo del precio, el vendedor debe devengar intereses del comprador siempre que lo haya estipulado en el contrato; y aun sin prévia convención, cuando la cosa vendida y entregada produce frutos é intereses ó rentas, ó cuando se hubiere constituido en mora, porque si la posesión de la cosa no la hace del comprador mientras no pague su precio, es de buen sentido que hasta que este no se satisfaga no sean las rentas y frutos más que del vendedor, pues mientras éste no se vea pagado no pierde sus derechos dominicales.

Precedentes vemos del núm. 1.° de este art. 1501, en la ley 5.ª, tit. 54, lib. 4.º, del Código romano, pues siendo el consentimiento la base de los contratos, contra lo paccionado, siendo lícito y honesto, nada puede decirse *initio vendi-*

Digitized by Google

tiones, si pactus est, etc., etc. Del núm. 2.° los vemos en la ley 6.ª, tit. 49, lib. 4.° del Código romano, encontrándose su razón de ser en la ley 13, párrafo 20 y 21, tit. 1.°, lib. 19 del Digesto; *Cum re emptor fruatur, æquissimum est, cum usuris pretii pendere*; pues representando los intereses del precio los frutos naturales, industriales ó civiles de la cosa vendida, sería inicuo por demás que el comprador se aprovechase de unos y otros á la vez. Y en cuanto al 3.°, ó sea el caso de haberse constituido en mora el comprador, hay que distinguir si se trata de obligaciones puras ó de obligaciones á plazo ó día cierto: en la 1.ª es necesario para que nazca la *mora* que el acreedor interpele ó requiera al obligado, pues donde no hay petición del cumplimiento no puede decirse que se falte al pago: así es que sus precedentes los encontramos en las leyes 127, tit. 1.°, lib. 43, y 32, tit. 1.°, lib. 22 del Digesto: *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*, de cuya disposición tomaron sus preceptos las leyes 18 y 35 del tit. 11, Part. 5.ª; mientras que en las obligaciones á plazo ó día cierto, el día viene el de la fecha del plazo estipulado, y por lo tanto el vencimiento de éste basta para constituir al deudor en mora; así se prevenía en la ley 12, tit. 38, lib. 8.° del Código romano: *dies interpellat, citra ullam admonitionem*; en lo cual estaban conformes las leyes de Partida que se acaban de citar.

Mas en las ventas á plazo sin estipulación de intereses, no debe abonarlos el comprador, puesto que ese plazo fué parte del contrato y de la cosa vendida, presumiendose que el precio se aumentaria en consideración al aplazamiento del pago. Pero si ese plazo se concediese después de un contrato puro ó sin condición, los intereses los abonará el comprador, porque la presunción establecida antes no hay motivo para sostenerla, sino que por el contrario debe presumirse que se vendió por su justo precio, y que el vendedor al concederle, con posterioridad á dicho contrato puro, un plazo para el pago, no quiso renunciar más que al derecho que tenia para ejecutar al comprador, pero no á los intereses que por la naturaleza del contrato se le debian.

El Proyecto de 1851, en su art. 1430, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1652 del Código de Francia, 1509 del de Italia, 1652 del de Belgica, 1551 del de Holanda, 1690 del del Uruguay y 1852 del de Veracruz-Llave idéntico al nuestro; 1553 del de Guatemala muy parecido al de Francia; 1873 del de Chile, 1429 y 1432 del de la República Argentina, 1649 del de Bolivia, 2531 del de la Luisiana, 1184 del de Vaud, 1930 del de Colombia, 3028 del de México, 2895 del de la Baja California, 3028 del de Campeche, cuyos tres últimos son iguales al que comentamos, como el del Uruguay y el de Veracruz-Llave y otros; relacionándose perfectamente el que nos ocupa, con los artículos 1100 y 1108 del mismo relativos á la mora, y con el art. 341 del Código de Comercio, que previene que la demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor.

Digitized by Google

Art. 1502. Si el comprador fuere perturbado en la posesión ó dominio de la cosa adquirida, ó tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria ó hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación ó el peligro, á no ser que afiance la devolución del precio en su caso, ó se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado á verificar el pago.

De la misma manera que en el artículo anterior se le dan toda clase de garantías para el cobro del precio al vendedor, este precepto que acabamos de consignar tiende á la seguridad de los derechos del comprador: así es, que si éste se ve perturbado en la posesión ó dominio de la cosa vendida, ó temiera serlo fundadamente por una acción reivindicatoria ó hipotecaria, puede suspender el pago, hasta que el vendedor haga cesar el peligro, ó afiance la seguridad de la devolución del precio en su caso; sin perjuicio de los pactos que en contrario hubiere hechos entre las partes, á los que éstas habrían de atenerse. Pero de todos modos, si se hubiera pagado ya el precio, no puede reclamarlo, ni exigir fianza, según dice el Código del Uruguay, opinando como nosotros.

Precedentes encontramos en la ley 18, párrafo 1.°, tit. 6.°, lib. 18 del Digesto; y el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1431, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 430, 438 y 446 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1653 del Código de Francia, 1510 del de Italia, 1653 del de Bélgica, 1552 del de Holanda, 1579 del de Guatemala, 1691 del del Uruguay, 1853 del de Veracruz-Llave, apartado segundo del 1872 del de Chile, 1425 del de la República Argentina, 2535 del de la Luisiana, 1660 del Sardo, 1185 del de Vaud, 1499 del de Nápoles, 1584 del de Portugal, 1929 del de Colombia, 3031 del de México, 2898 del de la Baja California y 3031 del de Campeche.

Art. 1503. Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta.

Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124.

Bien marcada está en estos artículos la reciprocidad de derechos y obligaciones entre vendedor y comprador. El legislador auxiliando á éste en el anterior artículo. La mano del legislador en estos preceptos prestando auxilio al vendedor. Esto es lo que vemos en todo este capítulo.

Digitized by Google

No gozaba de tantas consideraciones ante el Derecho romano el vendedor; no tenia allí la facultad que aquí le concede nuestro Derecho. La ley 14, tit. 44, y la ley 8.ª, tit. 38, lib. 4.º del mismo Código romano, buena prueba son de esto.

Medio seguro y económico es este de pedir la resolución de la venta; pero mientras no llegue á ejecutoriarse dicha rescisión, puede el comprador librarse de ella, pagando el precio é indemnizando al vendedor de los daños é intereses: esto es lo equitativo, pues así el vendedor consigue el cumplimiento del contrato, y el comprador satisface sus obligaciones y cuantos daños con su proceder ha ocasionado, salvo siempre los derechos de tercero á que se refiere el último apartado del art. 1124, con el que, y con el 1123, se encuentra el presente estrechamente relacionado.

El Proyecto de 1851, en su art. 1432, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1655 del Código de Francia, 1513 del de Italia, 1655 del de Bélgica, 1854 del de Veracruz-Llave, 2540 del de la Luisiana, 1501 del de Nápoles y otros. Los arts. 1186 del de Vaud, 1661 del Sardo, 3032 del de México y 3032 del de Campeche: en cambio, previenen que el vendedor de la cosa, ya sea mueble, ya raiz, no puede rescindir el contrato después de la entrega, por falta de pago, y el art. 919 del de Austria, niega tal derecho en toda clase de contratos.

Art. 1504. En la venta de bienes inmuebles, aunc uando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de espirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente ó por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.

Ley comisoria se llamaba entre los romanos tal estipulación de que se ocupaban tanto las leyes del tit. 3.º, lib. 18 del Digesto, como la ley 38, tit. 5.º, Part. 5.ª; más por aquellas disposiciones se resolvía la venta *ipso jure* desde el momento en que no se pagaba el precio en el plazo convenido, quedando el vendedor en libertad de reclamar la cosa vendida ó el pago de su precio; lo cual está conforme con lo que anteriormente hemos expuesto, acerca de la diferencia entre las obligaciones á plazo en que cede y viene el día en la fecha en que se cumple el plazo, y las obligaciones puras en las que la mora solo se constituye previo requirimiento de cumplirlas. Aquí hay también que tener en cuenta que cualquiera de las acciones que se elija, sea la rescisoria ó la petición del precio, la ejercida extingue la otra.

Digitized by Google

El pacto ó ley comisoria como condición resolutoria, debe inspirarse en los principios generales de nuestro derecho, según los cuales el vendedor puede pedir la resolución de la venta ó el pago del precio, y el comprador debe restituir la cosa con los frutos y accesiones y resarcir el daño que haya ocasionado en ella; pero si hubiera pagado parte del precio, deberán compensarse los frutos con los intereses proporcionalmente.

El Proyecto de 1851, en su art. 1433, propuso un precepto análogo al de la primera parte del que comentamos, que en relación está con los arts. 334 y 1506 de este mismo Código, y con los arts. 36 al 38 de la ley Hipotecaria peninsular, correspondientes á los arts. 44 al 46 de las de Cuba y Puerto-Rico, y 45 al 47 de la de Filipinas.

Concuerda con los arts. 1656 del Código de Francia, 2541 del de la Luisiana, 1855 del de Veracruz-Llave, 1573 del de Guatemala, 1698 y 1699 del del Uruguay, que son iguales esencialmente al nuestro; 1501 del de Nápoles, 3033 del de México, 2899 del de la Baja California, y 3033 del de Campeche.

Art. 1505. Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado á recibirla, ó, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación.

Después de tratar en el artículo anterior de la resolución de la venta de bienes inmuebles, viene á ocuparse este artículo de la resolución de los bienes muebles, que también la determina, aun sin previo requirimiento como en el anterior, por la sencilla razón de que en los bienes muebles se ve tan gran variedad en el precio que el menor retardo á consumar el contrato puede frecuentemente ocasionar un perjuicio irreparable; mientras que en los inmuebles se ve más igualdad en los precios y menos facilidad en la venta: así es que respecto de los muebles, si el comprador no se presenta á recoger la cosa vendida, ó presentándose á recibirla, no ha ofrecido el precio al mismo tiempo, tiene lugar *ipso jure* la resolución de la venta, en interés del vendedor, salvo pacto de mayor dilación para el pago. Y como se opera tal resolución en beneficio ó en interés del vendedor, evidente es que éste queda en libertad de pedir dicha resolución ó el cumplimiento del contrato.

El Proyecto de 1851, en su art. 1434, propuso un precepto análogo al que comentamos; y en relación está con los arts. 335, 336, 1462, 1463 y 1500 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1657 del Código de Francia, 1512 del de Italia, 1657

Digitized by Google

del de Bélgica, 1585 del de Portugal, 1554 del de Holanda, 1187 del de Vaud, 2542 del de la Luisiana, 1503 del de Nápoles, 1555 y 1556 del de Guatemala, 3084 del de México, 2900 del de la Baja California, 3084 del de Campeche, y 1856 del de Veracruz-Llave,

CAPÍTULO VI.

De la resolución de la venta.

Art. 1506. La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional ó por el legal.

Trata este capítulo 6.° de la resolución de la venta, que no es otra cosa que la rescisión de la misma, sujeta á las bases generales sentadas para la rescisión de todas las obligaciones, de conformidad con lo ordenado en los números 19 y 20 de la ley de 11 Mayo de 1888.

Y al comenzar este título, el art. 1506 sienta una regla general de todos conocida, es decir, que la venta se resuelve por idénticas causas que las obligaciones, por las expresadas en los capítulos anteriores ya comentados y por el retracto convencional ó por el legal, de los cuales hemos de ocuparnos seguidamente.

Echan de menos algunos la antigua nomenclatura de anulación y rescisión; suponen otros que nuestro Código no se ocupa (aunque con distinto nombre), del pacto de la ley comisoria, cuando realmente no es otra cosa lo que se preceptúa en los arts. 1504 y 1505 de este Código; pues todos sabemos que el pacto comisorio ó pacto de ley comisoria (de *committere*), no es otro que aquel en que se conviene que si el precio no se ha pagado dentro de cierto tiempo, se tiene por no celebrada la venta. Suponen otros, que nuestro Código debiera haber tratado taxativamente de los diversos pactos accesorios al contrato de compra y venta, entre los cuales se presentan como más generales el de tanteo ó preferencia, el de adicción *in diem*, el de probar la cosa vendida, el de arras, el de hipoteca, etc., etc.; pero como todos sabemos que lo accesorio sigue á lo principal; como todos conocemos que en el contrato de compra-venta, como en todos los demás contratos, se admiten todos los pactos especiales que las partes tuvieren á bien imponer, con tal que no sean contrarios á la ley y á las buenas costumbres, de aquí el que sea necesario que el Código se haga casuístico, tratando de todos los pactos que pudieran hacer; tarea vana, porque los caprichos de la voluntad humana, podrán estar y están sujetos á reglas generales, pero no es posible adivinarlos.

Digitized by Google

Se comprende bien la necesidad de tratar del retracto convencional y del legal para establecer sus diferencias; y que se traiga aquí especialmente todo lo que no pueda desarrollarse, entenderse y decidirse bajo las reglas generales establecidas para las convenciones y obligaciones; pero descender á detalles inútiles, ni es técnico, ni sirve más que para quitar toda la claridad y filosofía que debe encerrar un Código.

SECCIÓN PRIMERA.

DEL RETRACTO CONVENCIONAL.

Art. 1507. Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que se hubiese pactado.

Al empezar esta sección á ocuparse del retracto convencional, demuéstrase bien á las claras que en ella ha de tratarse exclusivamente del retracto ó retroventa como antes se llamaba en algunos paises, debido al convenio de las partes contratantes, diferenciándolo así del retracto legal que es el impuesto por la ley, del que hemos de ocuparnos en la sección segunda de este mismo capítulo.

Sin detenernos á examinar lo que esta clase de ventas eran ante la ley de Partida, donde se conocian con el nombre de ventas á carta de gracia, hemos de decir, si, que el retracto convencional no es en la esencia mas que una cláusula ó pacto traido al contrato de compraventa, en virtud del cual el vendedor puede recobrar la cosa vendida devolviendo el precio que recibió, ya en el término que se fijó en la estipulación, ya, si nada se estipuló, en el de cuatro años; entrando ya este último concepto en la clase de retracto legal. De manera, que para que haya retracto convencional, han de ponerse las partes de acuerdo en consignar la cláusula, y en ella el termino que prefijen para la retroventa, teniendo presente que si esa cláusula se agregase después de celebrado el contrato y hecha la escritura, no perjudicaria los derechos adquiridos en el intermedio por un tercero, pues aquella adición seria considerada como una nueva venta, y llegado el caso, causaria nueva alcabala y nuevo laudemio.

No puede, por lo tanto, decirse en verdad que la propiedad pasa irrevocablemente al comprador cuando se vende con el pacto de retro ó retracto convencional, pues si en su virtud puede recuperar la cosa el vendedor, realmen-

Digitized by Google

te ésta queda sujeta á una condición resolutoria; por lo cual se puso en duda en tiempos en que la ley no era tan clara como al presente, si la acción del vendedor era meramente personal contra el comprador, ó tenia algo de personal y real en condiciones que pudiera ejercitarse contra el tercer poseedor de la cosa.

Solo una sutileza extremada puede sostener y desarrollar cuestiones de este género, pues sabido es que el vendedor puede ceder ó enajenar de cualquier modo este derecho de retracto que forma parte de sus bienes ó patrimonio, salvo el caso en que apareciese del contrato que se limitó á la persona del vendedor ó de sus herederos; razón por la cual no era cesible el derecho de retracto de sangre porque la ley lo concedia solo á la calidad de la persona. Y evidente es que de ese derecho de retracto no puede hacerse uso sin reembolsar al comprador el precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para dicha venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, con lo demás que se hubiere estipulado, sin contrariar la ley y las buenas costumbres.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª y 7.ª, tit. 54, lib. 4.º del Código romano, y la 42.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1436, propuso un precepto idéntico, y concordancias vemos en los arts. 1659 del Código de Francia, 1515 del de Italia, 1659 del de Bélgica, 1619 del de Guatemala, 1709 del del Uruguay, 1555 del de Holanda, 1881 del de Chile, 1366 del de la República Argentina, 1858 del de Veracruz-Llave, 1656 del de Bolivia, 1117 del de Vaud, 2545 del de la Luisiana, 1586 del de Portugal, 1989 del de Colombia, 3035 del de México, 2901 del de la Baja California y 3055 del de Campeche.

Art. 1508. El derecho de que trata el artículo anterior durará, á falta de plazo expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato.

En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años.

Razones económicas, mas que de derecho estricto, han obligado á los legisladores á limitar los plazos del retracto; y esto no se ve únicamente en España, sino que lo observamos en todos los paises civilizados; así es que sus Códigos al limitar mas ó menos la libertad de los contratantes en bien del interés social que no puede estar conforme con la incertidumbre y vacilación que los retractos por largo tiempo establecerian en la propiedad, prefijan términos mas ó menos cortos dentro de los cuales pueda tener vida el retracto, pero siempre con tendencias á fijar un criterio restrictivo.

Digitized by Google

Así se ve que en Francia, Holanda, Nápoles, Cerdeña, Italia y Bélgica lo fijan en cinco años, determinando que si se estipulase un plazo mayor, quedaría reducido por la ley á dicho termino; dictándose preceptos análogos en los arts. 3037 del Código de México, 2903 del de la Baja California y 3037 del de Campeche, pues dichos tres Códigos fijan para la retroventa el término de cinco años contados desde la fecha del contrato; en cambio el de Portugal, en su artículo 1583, prohibe para lo futuro el contrato de retroventa; y respecto de los verificados con anterioridad á la publicación de dicho Código, tolera como establecidos dichos retractos sin darles mas extensión que la de cuatro años desde la promulgación del mismo.

El Código de la República Argentina, en su art. 1381, previene que el mayor plazo para la retroventa no puede exceder de tres años desde el dia del contrato. Otros tres años prefija el art. 1715 del Código del Uruguay, si bien concede derecho al comprador para que se le notifique con la anticipación, que no bajará de noventa dias en los bienes raices, ni de quince en los objetos muebles.

El de Chile en su art. 1885 y el de Veracruz-Llave en su art. 1859, fijan el plazo de cuatro años para la retroventa, y el art. 1622 del Código de Guatemala lo limita á un año, reduciendo á tal plazo todos los que con mayor extensión se hubieran pactado.

Precedentes vemos en la ley 42.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, que deja bajo una condición perpétua resolutoria, el dominio de las cosas, como lo habia determinado por tiempo indefinido la ley 2.ª, tit. 59, lib. 4.º del Código romano; si bien la ley de Partida citada preceptuaba asimismo que á falta de pacto especial de retroventa, la acción duraria treinta años.

El Proyecto de 1851 en su art. 1437, proponia que el derecho de retracto durase cuatro años, contados desde la fecha del contrato si no se habia señalado otro mas corto; pero sin que nunca pudiera pactarse termino mas largo, como hacia el Código de Veracruz antes citado.

Concuerda con los arts. 2546 y 2547 del Código de la Luisiana, en que se prefijan diez años de término, 1660 y 1661 del Código de Francia, 1516 y 1517 del de Italia, 1660 y 1661 del de Bélgica, 1556 y 1557 del de Holanda, 1665 del Sardo, 1506 y 1507 del de Nápoles, en que solo se conceden cinco años, y con los demás anteriormente citados; viéndose en el 1508 de nuestro Código que, después de fijar como otros muchos Códigos el número de cuatro años como plazo legal, en consideración sin duda á los precedentes de nuestras antiguas leyes patrias, en las que tan indefinida libertad se daba para el retracto, faculta que pueda estipularse por un plazo que no exceda de diez años, término mucho mayor que el concedido en todos los demás paises.

Art. 1509. Si el vendedor no cumple lo prescrito en el ar-

Digitized by Google

tículo 1518, el cómprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida.

Es natural y lógico el precepto de este artículo, pues como el pacto de retro implica una condición resolutoria, si ésta no se cumple, no es posible que la propiedad quede indeterminada ó bajo una irresolución perpétua, y por ello desde el momento en que transcurrido el término del retracto el vendedor no reembolsa al comprador el precio de la venta y los demás gastos que antes hemos indicado, á que se refiere el art. 1518, no puede ménos de adquirir el comprador irrevocablemente el dominio de la cosa vendida.

El Proyecto de 1851, en su art. 1438, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1662 del Código de Francia, 1518 del de Italia, 1662 del de Bélgica, 1558 del de Holanda, 2548 del de la Luisiana, 1508 del de Nápoles, 1667 del Sardo, 1623 del de Guatemala, 1861 del de Veracruz-Llave, 3088 del de México, 2904 del de la Baja California y 3038 del de Campeche.

Art. 1510. El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros.

No debe extrañarse el precepto que acabamos de consignar, por cuanto si bien es cierto, como ántes dijimos, que el comprador de una cosa con pacto de retro podía disponer de ella en las condiciones que la adquirió, si la enajenó á tercera persona dentro del plazo estipulado, evidente es que el vendedor no solo puede ejercitar su acción de retracto contra su comprador, sino contra cualquier poseedor de la cosa vendida a quien ésta llegare por traspaso del comprador: esto es lo que significan las palabras contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador. Y esto debe suceder, no solo cuando se estipuló en el segundo contrato, sino aun cuando se hubiera prescindido en él del retracto convencional, salvo lo prescrito en el art. 37 de la ley Hipotecaria.

Precedentes encontramos en las leyes 156, 160, 175 y 177 *de regulis juris. Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis;* nadie puede pasar á otro mejor derecho ni más facultad que las que el mismo tiene; y por consiguiente nadie puede ser de mejor condición que aquel de quien su derecho procede: así es que si el derecho adquirido por el primer comprador, era resoluble ó estaba sujeto a una condición resolutoria de cualquier modo que enajene tal derecho siempre éste se transferirá únicamente bajo el supuesto de aquella condición

Digitized by Google

por el tiempo estipulado, ó por el designado en la ley, menciónese ó no en la segunda convención el pacto de retracto estipulado en la primera.

Quiere decir que el segundo comprador (dentro del plazo legal ó del pactado entre los primeros contratantes), se subroga, por decirlo así, en el lugar y caso del primer comprador; y por lo tanto, si el primer vendedor en tiempo oportuno le devuelve el precio y le abona los gastos que taxativamente determina el art. 1518 de este mismo Código, ese segundo comprador deberá devolverle la cosa objeto de la venta. Esta es la regla general establecida en el artículo 1510 que comentamos. Pero en la última parte de este artículo mismo, se sienta una excepción, y es la que la ley establece respecto de terceros, que no es ni puede ser otra que la del art. 36 de la referida ley Hipotecaria peninsular, equivalente al 44 de las de Cuba y Puerto Rico y 45 de la de Filipinas; en las que se preceptúa que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en la ley; en cuyo precepto se encuentran también las excepciones del artículo 37 de la misma ley Hipotecaria (45 de Cuba y Puerto Rico, y 46 de Filipinas), entre las que se fijan en primer término las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro; y en segundo lugar, las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos también marcados taxativamente en dicho art. 37; estando ambos en relación con el art. 38 de la misma.

El Proyecto de 1851, en su art. 1439, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1664 del Código de Francia, 1520 del de Italia, 1664 del de Bélgica, 1559 del de Holanda, 1388 del de la República Argentina, 1624 del de Guatemala, 1660 del de Bolivia, 2550 del de la Luisiana, 1669 del Sardo, 1510 del de Nápoles, 1862 del de Veracruz-Llave, 3042 y 3043 del de México, 2907 y 2908 del de la Baja California, 3042 y 3043 del de Campeche.

Art. 1511. El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones.

Este precepto envuelve en sí una verdad de esas que bien pueden llamarse axiomáticas y hasta de pura sindéresis.

El Proyecto de 1851 en su art. 1440, proponía lo mismo, agregando «y adquiere por prescripción, tanto contra el verdadero dueño como contra los que pretendan tener derecho ó hipoteca sobre la cosa vendida», que es lo mismo que se lee en el art 1863 del Código de Veracruz-Llave.

El Código de Guatemala en el art. 1624 no concuerda con el que al presente comentamos sino con el anterior, puesto que prescribe que el vendedor puede ejercer contra el segundo comprador el derecho de retroventa si el pacto

Digitized by Google

de esta calidad consta en la misma escritura pública que motivó la primera venta, aunque nada se hubiera declarado en la segunda. Esto demuestra la ligereza con que por algunos publicistas se hacen las citas. Lo mismo sucede con el Código de Holanda, cuyo artículo concordante con el que al presente nos ocupa, no es el 1561, como por algunos se asegura, sino el 1560, en el que se prescribe que el comprador que pacte la retroventa ejercerá todos los derechos del vendedor; podrá prescribir lo mismo contra el verdadero dueño que contra aquellos que pretendieren tener derechos hipotecarios ú otros sobre la cosa vendida: cuyos principios sustenta el Código de Francia en su art. 1665, el de Italia en su art. 1521, el de la República Argentina en su art. 1386, el de la Luisiana en su art. 2551, y arts. 1660 del de Bolivia, 1670 del Sardo, 1511 del de Nápoles, 3044 del de México, 2909 del de la Baja California, 3014 del de Campeche y otros; pues ya hemos dicho repetidas veces que el pacto de retroventa envuelve una condición resolutoria, no suspensiva: y por ello adquiere el comprador la propiedad de la cosa, que en el caso del art. 1509 de este Código se hará irrevocable, como lo reconocen todos los Códigos modernos. Y aunque no se reconociese al comprador con pacto de retro, mas que la consideración de poseedor con justo título y buena fe, habría de concedérsele la facultad de prescribir y ejercer para utilidad y conservación de la cosa todos los derechos del vendedor.

Art. 1512. Los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión en los bienes del vendedor.

Copiado parece este precepto de lo que se propuso en el art. 1441 del Proyecto de 1851, que es exactamente igual al art. 1864 del Código de Veracruz-Llave.

Veamos su razón de ser. Si el comprador, como hemos dicho antes, ejerce desde luego de propietario ó dueño de la cosa, y puede llegar á serlo irrevocablemente cuando transcurra el término sin haberle devuelto el precio de la cosa y demás gastos abonables, lógico, equitativo y justo es que los acreedores del vendedor no puedan hacer uso del derecho de retracto sin prévia excusión en los otros bienes del mismo, pues solo cuando los bienes del deudor no alcancen á solventar sus créditos, podrán acudir contra los bienes vendidos con pacto de retro, cuya preferencia es conveniente hasta para los acreedores.

Sin embargo, varios Códigos extranjeros son más lacónicos y se circunscriben á expresar que el comprador podrá oponer el beneficio de excusión á los acreedores del vendedor. Así lo vemos en los arts. 1666 del Código de Francia, 1561 del de Holanda, 1666 del de Bélgica, último apartado del art. 1521 del Código de Italia, 2552 del de la Luisiana, segunda parte del art. 1386 del de la República Argentina, 3045 del de México, 3045 del de Campeche y otros.

Digitized by Google

Art. 1513. El comprador con pacto de retroventa de una parte de finca indivisa que adquiera la totalidad de la misma en el caso del art. 404, podrá obligar al vendedor á redimir el todo, si éste quiere hacer uso del retracto.

Esto que á primera vista parece raro, ya que no absurdo, es de buen sentido cuando se trata de cosas esencialmente indivisibles; pues entonces si uno de los condueños ha vendido su derecho en la cosa indivisible con pacto de retracto, y (no habiéndose convenido todos los condueños en que se adjudique á uno de ellos, mediante las oportunas indemnizaciones á los demás) se determina su venta en pública subasta y adquiere la totalidad de la finca el mismo que compró con pacto de retro la parte del derecho en la misma antes indicado, como lo accesorio sigue lo principal y la finca no puede dividirse, ni puede determinarse en ella la parte sobre que gravita el derecho vendido por el comunero, este para ejercitar el retracto tiene que verificarlo en la totalidad de la comunidad vendida por todos, ó á nombre de todos y dentro de cuya comunidad se encontraba su derecho anteriormente enajenado. Y esto se comprenderá más fácilmente sin mas que recordar que el condueño de una cosa indivisible no tiene derecho á fraccionarla, sino á ejercer sus derechos dominicales en común; por lo tanto, si siendo uno de los condóminos, al enajenarse la cosa en que tenia condominio, solo podia comprarla en su integridad, no fraccionada, evidente es que por el hecho de haber vendido su derecho con pacto de retro, no se colocó en mejores condiciones que cuando vendió su derecho de condominio en la cosa; y de aqui que si aquel que le compró su derecho de condominio adquirió después la cosa indivisible, no puede obligarle el vendedor de un derecho al retracto de parte de la cosa, sino de su integridad.

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1442; y concuerda con los arts. 1667 del Código de Francia, 1522 del de Italia, 1667 del de Bélgica, 1562 del de Holanda, 2557 del de la Luisiana, 3046 de los de Mexico y Campeche, y otros.

Art. 1514. Cuando varios, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva.

Lo mismo se observará si el que ha vendido por sí solo una finca ha dejado varios herederos, en cuyo caso cada uno de éstos sólo podrá redimir la parte que hubiese adquirido.

Siempre que la cosa vendida sea divisible lo será también la acción de retracto. Y por ello, si una finca ha sido vendida á muchos, ó á uno solo que deja

Digitized by Google

varios herederos, el retracto no puede intentarse más que contra cada uno de ellos, por la parte que tiene en la heredad. Por el contrario, si son muchos los que han vendido la heredad con la expresada cláusula de *retro*, ó uno solo que ha dejado varios herederos, ninguno de aquéllos, ni de éstos, podrá intentar la acción de retracto sino por su parte respectiva; pues si alguno de los vendedores ó herederos quisiera intentar su acción por el todo, ó por una parte mayor de la que le correspondía en la heredad común, podría encontrarse en oposición con los otros covendedores ó herederos que el mismo derecho alegasen con relación á las respectivas porciones que en la cosa vendida tuviesen.

Más si cuando la venta se hiciese por muchos condueños, el comprador considerase que no es de su interés el retener partes indivisibles, nadie podrá obligarle á sufrir el retracto parcial de una heredad que compró para poseerla en su integridad; y en tal caso, el comprador tendrá derecho á exigir de todos los covendedores ó coherederos que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa vendida; y si no lo lograsen no puede el comprador ser obligado al retracto parcial.

De todos modos el comprador debe ser indemnizado y repuesto en el mismo estado que tenía antes de la compra.

Precedentes encontramos en la ley 47, párrafo 1.°, tit. 4.°, lib. 4.° del Digesto; y el Proyecto de Código de 1851 propuso un precepto análogo en su artículo 1443; teniendo bastante relación con los arts. 392 y 399 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1668 y 1669 del Código de Francia, 1523 y 1524 del de Italia, 1668 y 1669 del de Bélgica, 1563 y 1564 del de Holanda, 1389 delde la República Argentina, 1627 del de Guatemala, 1712 del del Uruguay, 1866 y 1867 del de Veracruz-Llave, 2558 y 2559 del de la Luisiana, 1514 y 1515 del de Nápoles, 1673 y 1674 del Sardo, 3047 y 3048 del de México, 1911 y 1912 del de la Baja California, 3047 y 3048 del de Campeche, y otros.

Art. 1515. En los casos del artículo anterior, el comprador podrá exigir de todos los vendedores ó coherederos que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa vendida; y, si así no lo hicieren, no se podrá obligar al comprador al retracto parcial.

Con lo expuesto en el anterior artículo queda suficientemente explicado lo que el que acabamos de consignar significa, que no es más que la corroboración de los dos artículos anteriormente expuestos, lo cual no deja de ser en extremo justo y equitativo, pues de no prescribirse lo que se prescribe, se colocaría al comprador en una situación en que realmente no quiso colocarse.

Digitized by Google

Están conformes la mayor parte de los Códigos extranjeros con lo que nuestro Código expone en el artículo que al presente comentamos, si bien algunos como el Sardo, en su art. 1675 añadía: «si alguno de los coherederos ó covendedores, ó uno solo de ellos no quisiera prevalerse del pacto de retracto, los otros, ó uno de ellos podrán ejercitarlo por entero en su provecho particular»; por lo tanto, concordancias vemos en dicho precepto como se ven también en los arts. 1670 del Código de Francia, 1525 del de Italia, 1670 del de Bélgica, 1565 del de Holanda, 2560 del de la Luisiana, 1868 del de Veracruz-Llave, 3049 del de Mexico, 2913 del de la Baja California y 3049 del de Campeche.

Art. 1516. Cada uno de los copropietarios de una finca indivisa, que hubiese vendido separadamente su parte, podrá ejercitar, con la misma separación, el derecho de retracto por su porción respectiva, y el comprador no podrá obligarle á redimir la totalidad de la finca.

Despues de lo expuesto al comentar el art. 1513, nada habría de decirse respecto de este artículo, pues lo que en aquel expusimos en sentido inverso es lo que realmente ha dado origen al que comentamos. Y así es en efecto; cada uno de los copropietarios de una finca indivisa que hubiese vendido separadamente su parte, tiene facultad de ejercitar también separadamente el derecho de retracto por la porción respectivamente vendida, y el comprador no puede, como en el caso del art. 1513 de imposibilidad de división de la cosa, exigir de cada uno de los vendedores la redención de la totalidad de la finca, por cuanto en tal caso el comprador no puede alegar, como en el anteriormente indicado, que él compró un cuerpo indivisible conforme á su intención y á los términos del contrato; ni tampoco podrá quejarse de haber ingresado en la comunidad en la que voluntaria y expontáneamente el mismo entró.

El Proyecto de 1851, en su art. 1445, propuso un precepto igual, y concuerda con los arts. 1671 del Código de Francia, 1526 del de Italia, 1671 del de Bélgica, 1389 del de la República Argentina, 1628 del de Guatemala, 1566 del de Holanda, 2561 del de la Luisiana, 3050 del de México, 2914 del de la Baja California, 3050 del de Campeche y 1869 del de Veracruz-Llave.

Art. 1517. Si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos.

Pero, si se ha dividido la herencia, y la cosa vendida se ha adjudicado á uno de los herederos, la acción de retracto podrá intentarse contra él por el todo.

Digitized by Google

Al ocuparnos del art. 1514 se expuso la razón de ser del artículo que ahora comentamos, pues de la misma manera que allí dijimos que cuando varios conjuntamente ó en un solo contrato venden una finca indivisa, ninguno de ellos puede ejercitar el pacto de retro mas que por su parte respectiva, se expresó en su segundo apartado lo que viene á consignarse en el primero del que ahora comentamos, pues en uno y en otro se trata simplemente de que sea el vendedor de una finca el que haya dejado varios herederos, ó sea el comprador el que los dejase; viéndose en estos la reciprocidad de derechos y obligaciones que en todo caso debe tenerse en cuenta, pues si después de lo establecido en aquel artículo se consintiera en éste que cada uno de los varios herederos del comprador sufriera la acción de retracto ejercitada por el vendedor, en su totalidad, se sentaría una regla utópica y un principio absurdo y contrario al que anteriormente hemos indicado, y equivaldría tal tolerancia á facultar al vendedor para ejercitar una acción en su totalidad contra quien no tenía mas que una parte de la cosa vendida, y por aquello de que realmente no podía disponer, pues seguro es que cada uno de los herederos del comprador no podía recibir la totalidad de la cosa sino la parte alícuota correspondiente, y que si la cosa en su integridad era recibida por uno solo de los herederos del comprador, los demás herederos no tendrían participación en la expresada cosa aunque hubiera sido preciso compensarles con otros de los bienes relictos; y en ese caso, que es al que se refiere el apartado segundo del art. 1517 que comentamos, la acción de retracto podrá intentarse contra el poseedor por el todo.

Pero si esto no fuera bastante, el buen sentido aconseja que así suceda porque la parte no puede ser mayor que el todo, ni los herederos juntos de un causante pueden tener mas derechos y obligaciones que el mismo causante. Además, la acción de retracto se dirige á recobrar la cosa; es real por consiguiente, y por lo tanto con arreglo á ley solo puede intentarse contra el poseedor de la misma por la parte que posea ó por su totalidad si la posee totalmente; y si estuviera dividida, evidente es que demandando simultáneamente á todos los poseedores, el vendedor con pacto de retro que cumpliere lo prevenido en el art. 1518, podría recobrarla en todas sus partes á un mismo tiempo.

Precedentes encontramos en la ley 2.ª, tit. 16, lib. 4.º del Código romano, y ya el Proyecto del 51 en su art. 1446, propuso un precepto idéntico; relacionándose el que nos ocupa con el art. 1068 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1672 del Código de Francia, 1527 del de Italia, 1672 del de Bélgica, 1567 del de Holanda, 1870 del de Veracruz-Llave, 1629 del de Guatemala, 1712 del del Uruguay, 2562 del de la Luisiana, 1518 del de Nápoles, 1667 del Sardo, 3051 y 3052 del de México, 2915 y 2916 del de la Baja California, 3051 y 3052 del de Campeche, en cuyos tres Códigos idénticos, entre sí, se previene que si el comprador hubiere dejado muchos herederos y la cosa estu-

Digitized by Google

viere indivisa, la acción se ejercitará contra todos ellos simultáneamente ó su representación, y si la herencia se hubiere dividido, la acción se ejercitará contra el heredero ó herederos á quienes la cosa se hubiese adjudicado.

Art. 1518. El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:

1.° Los gastos del contrato, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

2.° Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

Ya hemos dicho repetidas veces que para que el pacto de retroventa tuviese efecto, era indispensable que el vendedor reembolsase al comprador del precio de la venta, de los gastos del contrato y cualquier otro pago hecho para la venta, y de los gastos necesarios y útiles, hechos en la cosa vendida. Pues bien, esto que no ofrece dificultad alguna merece puntualizarse en algunos detalles para que los aficionados á sutilezas no encuentren medio de suscitar cuestiones, pues pudiera suceder que se pusiera en tela de juicio, si el precio que se ha de reembolsar al comprador es el que tenia la cosa al tiempo de la venta ó el que tuviere en la epoca del retracto. Inconcuso es que el precio que el vendedor ha de reembolsar al comprador para hacer uso del retracto es el que realmente tuvo la cosa al efectuar el contrato de compraventa; aumente ó disminuya hasta la fecha del plazo fijado, solo habrá de restituirse lo que por razón de la venta recibió el vendedor del comprador; hacer lo contrario seria dar otro carácter al contrato que con arreglo á derecho no puede dársele.

En cuanto á los gastos del contrato, es preciso que sean los que por efecto del mismo contrato conforme á la ley ó á la costumbre donde se efectúe se consideren como inherentes al mismo por su naturaleza y circunstancias, pues de lo contrario, no serian legítimos y solo los gastos legítimos pagados por el comprador son los que debe abonar el vendedor.

Respecto de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, no ha de entenderse de una manera tan lata, que vayan á comprenderse los indispensables para la conservación de la misma cosa, pues estos son los ordinarios que gravitan siempre sobre la finca y son por consiguiente cargas del goce de la misma, que han de correr de cuenta del comprador á quien se tuvo como verdadero propietario de la cosa hasta el retracto, y el que por lo mismo disfrutó de todos sus beneficios, lo cual sucede de igual manera con el usufructuario, y con el comodatorio respecto de los gastos indispensables para el sostenimiento de la cosa dada en usufructo ó en comodato.

Digitized by Google

De manera que bajo la palabra necesarios debe entenderse, en nuestro concepto, mas bien los útiles para el desarrollo, progreso y adelanto de la misma cosa, pues el vendedor no debe enriquecerse con detrimento del comprador, toda vez que éste posee de buena fe, y por consiguiente acreedor es á que se le abonen tales gastos, porque siendo un acontecimiento incierto el que el vendedor use ó no de su derecho de retracto, el comprador que goza de los de propiedad en toda su plenitud, ha de procurar dar mayor incremento á la finca comprada, impulsar sus trabajos hácia el mejoramiento de la misma y dar toda amplitud posible á la producción á que se dedique, todo lo cual no lo haria si no tuviere seguridad de su reembolso el dia que el retracto se efectuase; y con esto, no solo se perjudicaria el comprador y el mismo vendedor, sino el fomento público y privado de la agricultura y la industria que hubiera de desprenderse de la finca enajenada.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, tit. 54, libro 4.º del Código romano, y 42.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª; habiendo propuesto un precepto idéntico el Proyecto de 1851 en su art. 1447; y en relación está el que nos ocupa con el art. 453 de este mismo Código, en que se trata de los gastos necesarios que han de abonarse á todo poseedor; teniéndose en cuenta que si bien todos los gastos de abono son los á que se refiere el articulo que comentamos, los indispensables que algunos podrian comprender entre los necesarios son más limitados, y sin ellos seria imposible la subsistencia de la cosa.

Concordancias vemos en los arts. 1673 del Código de Francia, 1528 del de Italia, 1673 del de Bélgica, 1714 del del Uruguay, 1620 del de Guatemala, 1568 del de Holanda, 1384 del de la República Argentina, 1661 al 1668 del de Bolivia, 2565 y 2566 del de la Luisiana, 3039 del de México, 2905 del de la Baja California, 3039 del de Campeche, y 1860 del de Veracruz-Llave; siendo los preceptos citados de estos cuatro últimos Códigos iguales al que del nuestro nos ocupa.

Art. 1519. Cuando al celebrarse la venta hubiese en la finca frutos manifiestos ó nacidos, no se hará abono ni prorrateo de los que haya al tiempo del retracto.

Si no los hubo al tiempo de la venta, y los hay al del retracto, se prorratearán entre el retrayente y el comprador, dando á éste la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, á contar desde la venta.

Es de buen sentido el precepto que nos ocupa y consecuencia de una justa compensación entre el estado de la finca al efectuarse el contrato y el que tuviere al realizarse el retracto. El comprador hace suyos los frutos hasta que el vendedor ejercita su derecho de retracto; el comprador es poseedor de buena

Digitized by Google

fe, es propietario de la cosa vendida mientras el vendedor se aprovecha de los intereses del precio: hay por consiguiente una equitativa compensación entre estos intereses y aquellos frutos; mas el comprador debe abonar al vendedor los frutos pendientes en la finca vendida, con mayor razón, si está próxima la recolección al perfeccionarse el contrato de venta, pues realmente dichos frutos aumentaron el valor de la cosa vendida y debieron tomarse en consideración para fijar su precio, y como el comprador se aprovechó de ellos, debe descontar el valor del precio de la compra, pues de lo contrario vendria á resultar lo que no está conforme con la equidad, ó sea que una de las partes disfrutase al propio tiempo del precio y de la cosa.

En cuanto á los frutos pendientes al tiempo del retracto, teniendo en consideración el tiempo que el comprador poseyó la finca, y que el año para estos efectos debe contarse de cosecha á cosecha ó sea el natural, no el civil, es de equidad que tales frutos se prorrateen entre dicho comprador y el vendedor, y para repartimiento de tales frutos deducirse deben y abonarse reciprocamente los gastos mediante los que se obtuvieron; pero si los frutos no están manifiestos ó pendientes, el vendedor únicamente deberá abonar al comprador los gastos hechos de preparación de tierras y de la sementera; pero establecida la compensación que se consigna en el primer apartado del artículo que nos ocupa el legislador ha querido, para evitar complicaciones en el caso de que hubiere frutos manifiestos ó nacidos al tiempo de la venta y no los hubiera al verificar el retracto, que se prorrateasen entre el comprador y el vendedor en vez de abonar éste a aquel los gastos de preparación de tierras y los de sementera. Sin embargo, para nosotros seria más justo y equitativo que diferenciando los frutos manifiestos ó nacidos simplemente de aquellos elevados á la categoria de pendientes propiamente tales ó próximos á la recolección, se prorrateasen estos según los casos y se hicieren los abonos correspondientes con relación á aquéllos.

El Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos en su art. 1448; y concordancias vemos en los arts. 1871 del Código de Veracruz-Llave, 3054 y 3055 del de México, 2918 y 2919 del de la Baja California, y 3054 y 3055 del de Campeche; teniendo alguna analogia con el apartado último del art. 1714 del del Uruguay y apartado segundo del 1885 del de Chile.

Art. 1520. El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga ó hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado á pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique.

Es indudable que el comprador de una cosa con pacto de retro puede ejercer sobre la misma todos los derechos dominicales y por lo tanto gravarla ó

Digitized by Google

hipotecarla: asi se preceptuó en el art. 1511 de este mismo Código; pero también es indudable que al realizarse el retracto ha de devolverse la finca comprada libre de toda carga ó gravámen, porque el vendedor en este caso vuelve á ser propietario de la finca vendida en las mismas condiciones que la enajenó y con el mismo título que tenia antes de haberla vendido, y como por la resolución de la venta se ponen las cosas en el estado que tenian antes de celebrarse esta, de aquí el que deba devolvérsele la cosa libre de toda nueva carga ó gravámen que no tuviese en aquella época.

Respecto de los arriendos, no por derecho estricto sino por interés de la agricultura principalmente, y por evitar el que nadie quisiera hacer arriendos con persona que tuviera adquiridas las fincas con el pacto de retro, se ha dado esta excepción; y como por otra parte el vendedor tiene tanto interés como el comprador en encontrar arrendada la finca al realizar el retracto, también como él pudiera haberla arrendado, de aquí el que se sostenga en nuestro Código la excepción de obligarse el vendedor á pasar por los arriendos que el comprador hubiere hecho de la finca objeto de la venta durante su posesión, siempre que se hubieren efectuado de buena fe y segun las costumbres del lugar en que radiquen; á pesar de que en rigor de derecho deberian también cesar dichos arriendos, pues extinguido el derecho del que los formalizó extinguirse debian sus consecuencias *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

El Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1449; y vemos concordancias en el apartado 2.° del art. 1673 del Código de Francia, 2.° apartado del art. 1528 del de Italia, apartado 2.° del art. 1568 del de Holanda, segundo apartado del art. 1673 del de Bélgica, 1668 del de Bolivia, 2565 y 2566 del de la Luisiana, 1621 del de Guatemala, 3053 del de México, 2917 del de la Baja California, 3053 del de Campeche : y 1872 del de Veracruz-Llave; estos cuatro últimos iguales al nuestro.

SECCIÓN SEGUNDA.

DEL RETRACTO LEGAL.

Art. 1521. El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago.

Trátase en esta segunda sección del retracto legal que por más que en las legislaciones antiguas tenia su razón de ser por las tendencias que en ciertas épocas habia á la reconcentración de la propiedad, hoy, conceptuada ésta como

Digitized by Google

libre y teniéndose en cuenta el movimiento comercial extraordinario y la movilidad antes inexistente de la propiedad, no tiene razón de ser en la época que atravesamos, ni obedece á principio alguno social y económico más que cuando se trata de bienes habidos en comunidad ó de cosas cuyo dominio directo y útil quedó dividido por circunstancias especiales del que en pleno dominio los disfrutó. Bajo este punto de vista puede aceptarse el retracto legal pero no en manera alguna bajo los conceptos en que se estableció por el antiguo derecho romano. Por esto el retracto de sangre, abolengo ó gentilicio es rechazado en los Códigos modernos como habia venido á rechazarse por la ley 14, tit. 38, lib. 4.° del Código Justinianeo, en el que con energia sin igual se expuso el gran principio de la abolición de tales retractos *gravis injuria inani honestatis colore velata*; pues bien: el retracto legal de que viene ocupándose el artículo 1522 que de nuestro Código al presente comentamos es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago; y este retracto se sostenia en la ley 55, tit. 5.°, Part. 5.ª, al objeto de que cuando varias personas que poseyeran en común una cosa la vendieran á un tercero por precio determinado, cualquiera de los comuneros pudiera adquirirla por el tanto en las mismas condiciones del extraño y por ello la subrogación de que trata el artículo de que nos ocupamos que es lo que se llamaba retracto de comuneros, ó sea el que compete á los que tienen una cosa común para retraer la parte que de ella se ha vendido á un extraño, abonando á éste el precio que habia satisfecho; lo cual vino á sostenerse en las leyes 8.ª y 9.ª, tit. 13, lib. 10 de la Novísima Recopilación, como se sostiene hoy en nuestro Código cuando se trata de bienes pro-indiviso, que es el requisito indispensable de este retracto y la razón de su sostenimiento, pues los bienes que pro indiviso permanecen, no pueden producir lo que producen generalmente aquellos cuyo dueño es libre de verificar en ellos los adelantos y reformas para su mayor desarrollo, sin esperar la conformidad de uno ó varios condóminos, quizá refractarios á toda idea de progreso.

Precedentes encontramos en las leyes 4.ª, tit. 45, lib. 8.° del Código Justinianeo, y 55.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; proponiéndose un precepto análogo al que aquí comentamos en el art. 1450 del Proyecto de 1851, que se relaciona perfectamente con el art. 1067 de este mismo Código y con el art. 38 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde á los arts. 46 de las de Cuba y Puerto Rico y al 47 de la de Filipinas, consignada en nuestro tomo segundo.

Concuerda el precepto que comentamos con los arts. 1873 del Código de Veracruz-Llave, pero hay muchos Códigos, la mayoria modernos, que como el de Guatemala en su art. 1644, previene que la ley no reconoce retracto de ninguna especie; si bien otros rechazan solo los retractos de sangre, abolengos ó gentilicios.

Nuestro Código, no atreviéndose á romper de lleno con la tradicción, y

Digitized by Google

conceptuando beneficioso á la producción nacional el sostenimiento del retracto de comuneros, lo trata en esta sección, dejando lo relativo á la división del dominio directo y útil para los arts. 1636 al 1638 que ocupan su lugar dentro del capítulo 2.°, que trata del censo enfitéutico.

Art. 1522. El propietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse á un extraño la parte de todos los demás condueños ó de alguno de ellos.

Cuando dos ó mas copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo á prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

Conocido este retracto en la antigua Roma fué abolido como el de sangre por la en otro lugar citada ley 14.ª, tit. 38, lib. 4.° del Código Justinianeo, si bien la ley 1.ª, tit. 37, lib. 3.° del mismo Código solo prohibió al comunero vender su parte á un extraño con posterioridad á la contestación á la demanda en pleito con otros comuneros, si éstos no estaban conformes en ello; pero el precepto del primer apartado del art. 1522 que comentamos, es mas lógico, equitativo y justo y abraza conceptos mas generales conformes con la verdadera idea del condominio, pues evidente es que á todos los copropietarios conviene que personas extrañas dejen de ingerirse en la comunidad, y dada la ligazón de intereses establecida en toda propiedad común, mas natural es que por el mismo precio adquiera uno de los condóminos la participación que el otro enajena, que el que vaya á parar al que ningún derecho común tiene en la propia cosa.

En cuanto al 2.° apartado de este artículo es obvio que si varios copropietarios desean usar del retracto lo hagan solo con relación á la parte proporcional que en la cosa común tengan, puesto que el ejercicio del retracto no les da un derecho mayor que el que tenian: y lógico es que aqui se establezca lo mismo que se estableció en el art 1514 para el retracto convencional; si bien se nota la diferencia de que allí el derecho de los que no quieren usar no acrece al que lo usa; y aqui, en el retracto legal de comuneros si, tanto que uno solo de los comuneros podrá tantear la parte enajenada.

Precedentes encontramos en las leyes 55.ª, tit. 5.°, Part. 5.ª; 8.ª y 11.ª, tit. 13, lib. 10 de la Novisima Recopilación; habiéndose propuesto en el art. 1451 del Proyecto de 1851 un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 392, 399 y 1067 de este mismo Código.

Art. 1523. También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.

Digitized by Google

El derecho á que se refiere el párrafo anterior no es aplicable á las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

Si dos ó más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite.

Los impugnadores del Código por sistema, no ven los conceptos filosóficos que hasta para las cosas mas insignificantes en la apariencia encierra.

El precepto que nos ocupa supone, á la vez que un gran espíritu de equidad, una precision extraordinaria y una sublime tendencia á conciliar la libertad de la propiedad y los intereses individuales con los sociales. Es eminentemente económico, encierra en pocas palabras un tratado entero de economía política. Quiere el legislador que la propiedad no se acumule, porque el exceso de acumulación la destruye por su falta de cuidado y medio de hacerla productiva; pero no quiere que la propiedad se desmenuce de tal manera que la haga inservible; y por esto sienta una gran teoría en el primer apartado de este artículo, porque fincas rústicas menores de una hectárea no dan de sí los rendimientos necesarios para sostener una familia, distraen al trabajador trasladándose al cultivo de insignificantes terruños y no se logra con tan reducidos elementos de producción aislados el objetivo de los mas eminentes economistas, de engrosar el número de los interesados en la conservación del orden público.

Por eso cuando trozos contiguos de tan diminuta extensión se venden por la necesidad de aquellos insignificantes propietarios, impone nuestro Código este retracto que útil es en extremo al que lo adquiera y á la sociedad, pues unidas dos pequeñas parcelas de terreno se prestan á mayor cultivo y producen mas que con una separación inconveniente. Pero el legislador prevée mas, y atiende á no decretar el retracto entre propietarios, sino cuando son verdaderamente colindantes, pues si hubiera entre los predios, veredas, rio, camino ú otra natural separación, desaparece la razón del retracto, que es el mejor cultivo, la mas fácil producción.

Y luego en el último apartado favorece al mas pequeño propietario, y en igualdad de casos, no da mas preferencia que á la anterioridad en tiempo. Es verdaderamente socialista este precepto, sin mermar los derechos individuales de nadie.

Art. 1524. No podrá ejercitarse el derecho de retracto le

Digitized by Google

gal sino dentro de nueve dias contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

El retracto de comuneros excluye el de colindantes.

Fijase en este artículo el término dentro del cual ha de ejercitarse el derecho de retracto legal del que disposiciones varias se han ocupado; y fijase la preferencia del retracto de comuneros sobre el de colindantes, como no podia ménos de fijarse, pues el condómino atendiendo á la naturaleza del derecho de condominio no puede ménos de ser preferido.

Ese término de nueve dias ha de contarse desde el de la inscripción en el Registro, porque desde entonces la titulación tiene verdadero carácter público, y desde entonces causar perjuicio puede á tercero; debiendo hacerse el requirimiento por ante escribano para que conste la certeza de tal recurso, y se eviten vergonzosas negativas de quien tuviera interés en evadir dicho retracto.

Igual termino señalaba la ley 9.ª, tit. 13, lib. 10 de la Novísima Recopilación, si bien nuestro Código es en esto mucho más sencillo, correcto y claro, pues agregando la cláusula, desde que el retrayente tuviera conocimiento de la venta (para el caso en que no hubiera inscripción), corta toda cuestión acerca de si el término de los nueve dias corria contra el que la ignoraba, y si debia ó no correr desde la celebración del contrato ó desde la entrega de la cosa; pues está claro este artículo, si hay inscripción desde que ésta se efectúa, con lo cual el comprador tiene un doble interés en cumplir con el deber de inscribir; y si no hay inscripción, corre el término desde que el comunero ó colindante tiene conocimiento de la venta, con lo cual queda perjudicado el comprador que no inscriba inmediatamente.

El Proyecto de 1851, en su art. 1452, propuso preceptos algo parecidos; y en relación está con los arts. 1067 y 1525 de este mismo Código, con el art. 38 de la ley Hipotecaria, 432, 461 y 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, y resuelve las dudas á que de lugar el art. 1620 de dicha ley, puesto que las primeras diligencias de los retractos pueden practicarse sin previo reparto, como de urgente despacho durante los tres primeros dias de su presentación, sufriendo el turno correspondiente para las demás sucesivas (432), ni necesario es el acto de conciliación (461); y se ha de interponer como hemos dicho en el término de nueve dias, consignando el precio ó dando fianza de consignarlo en cuanto fuere conocido; y con los compromisos de los núms. 5.º y 6.º del art. 1618, quedando derogado el núm. 4.º de dicho artículo, puesto que ya no reconocemos el retracto gentilicio, y presentando copia en papel común de la demanda y documentos que se acompañan á la misma.

El artículo que comentamos hemos dicho que resuelve las dudas que sus-

Digitized by Google

citar pudiera el art. 1620 de la mencionada ley de Enjuiciamiento civil, y efectivamente no cabe ya discutir, cuando se entenderá maliciosa la venta; desde el momento que el art. 1524 de nuestro Código deroga aquel art. 1620 de la ley procesal, y se reduce á la inscripción, ó por su falta, al conocimiento del retrayente, que queda en libertad de castigar debidamente la falta de inscripción del comprador, que no puede menos de considerarse maliciosa.

Art. 1525. En el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1511 y 1518.

Nada hay que comentar respecto de este precepto de referencia á los artículos 1511 y 1518 ya comentados, que se reducen á repetir de una manera indirecta que el retracto legal tiene lugar entre comuneros y entre propietarios de tierra colindante cuya cabida no exceda de dos hectáreas; y que el retrayente sustituye al comprador y al vendedor en todos sus derechos y acciones; significándose en el último las obligaciones del retrayente legal, que no son otras que las del convencional, ó sea el reembolso del precio de la venta al comprador, el abono de gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo que el comprador hubiera hecho para la venta, y el de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida; siendo muy semejantes las obligaciones á que se refieren los núms. 1.°, 2.°, 3.°, 5.°, 6.° y 7.° del citado artículo 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil anteriormente citada, con el que tiene relación el artículo que comentamos, como la tiene con el art. 38 de la ley hipotecaria, y con lo propuesto en el art. 1454 del Proyecto de 1851.

CAPÍTULO VII.

De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales.

Art. 1526. La cesión de un crédito, derecho ó acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad á los artículos 1218 y 1227.

Si se refiere á un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.

Ocúpase este cap. 7.° de la transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos, empezando por preceptuar en su art. 1526, que la cesión de un *cré-*

Digitized by Google

dito ó *acción* no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta; si se hace esa transmisión en documento público, desde la fecha de su otorgamiento; y si se hiciera en documento privado, desde el dia en que éste hubiere sido incorporado ó inscrito en un Registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, ó desde el dia en que se entregara á un funcionario público por razón de su oficio.

Ya dijimos en tiempo oportuno lo que esto significaba; nos remitimos por lo tanto á los comentarios que hicimos á los arts. 1218 y 1227 de este Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1457, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 606 y 1000, en cuanto á la aceptación indirecta de la herencia, por renuncia ó cesión de derechos, y 1280 de este Código, y 25 al 28 de la ley Hipotecaria.

Concuerda con los arts. 1690 del Código de Francia, 1539 del de Italia, 1690 del de Bélgica, 1193 del de Vaud, 1633 del de Guatemala, 1718 del del Uruguay, 1536 del de Nápoles, 1696 del Sardo, 1570 y 1571 del de Holanda, 1902 del de Chile, 1881 del de Veracruz-Llave, 789 del de Portugal y otros.

Art. 1527. El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.

Es lógico este precepto, porque si el deudor no tiene conocimiento de la cesión, no podrá satisfacer una obligación para él desconocida ó inexistente; pero si el cedente después de hecha la cesión de su crédito á uno de sus acreedores lo traspasa á otro ó lo cobra él, no cabe duda que comete un delito de estafa comprendido en la sección 2.ª, capitulo 4.º del libro 2.º del Código penal.

Ya digimos en otro lugar los motivos de este artículo. No queda así castigada la malicia del cedente, sino la negligencia del cesionario en no hacer saber la cesión al deudor, que ordinariamente no puede conocerla, si no se la notifica de algún modo. Por esto, si pagó al cedente malicioso que ocultando á su deudor la cesión de su crédito, queda libre de repetirlo, y el cesionario engañado, ó sufre las consecuencias de la negligencia ó persigue al cedente por estafador.

Precedentes encontramos en las leyes 27 y 55, tit. 3.º, lib. 3.º; 23, tit. 1.º, libro 18; 3.ª, tit. 35, lib. 4.º del Digesto; 4.ª, tit. 17, lib. 8.º; 3.ª, tit. 42 del mismo lib. 8.º del Código Justinianeo. El Proyecto de 1851, en su art. 1458, propuso un precepto análogo al que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 1162, 1164 y 1165 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1691 del Código de Francia, 1540 del de Italia, 1691 del de Bélgica, 1576 del de Holanda, 1194 del de Vaud, 1719 del del Uruguay, 1634

Digitized by Google

del de Guatemala, 1468 del de la República Argentina, 791 del de Portugal, 1882 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1528. La venta ó cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda ó privilegio.

Principio inconcuso de derecho es que lo accesorio sigue á lo principal *accessorium sequitur sortem rei principalis*, y bajo este concepto nada de particular tiene el precepto que acaba de consignarse, pues la cesión comprende por sí misma la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste lo tuviere y todos los derechos accesorios como la fianza, la hipoteca, la prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, con la facultad de ejercitar las acciones que nacen del crédito primitivo objeto de la cesión; pasa por lo tanto al comprador todo lo accesorio inherente á la acción ó crédito vendido como la aparejada ejecución si aquél era ejecutivo, las cláusulas ó condiciones resolutorias expresas ó tácitas y los privilegios del crédito; pero en cuanto á la prenda, si no la entregó el cedente, solo tendrá derecho para compelerle á la entrega, y desde que ésta se verifique, gozará de los derechos á la misma correspondientes.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, tit. 4.º, lib. 18 del Dig.; 2.ª, párrafo 8.º, y 23.ª del mismo título y libro.

Hemos indicado que con la cesión no pueden pasar los privilegios meramente personales del vendedor, pues si esto sucediese, equivaldría á hacer perpétuos tales privilegios, y no espirando con la muerte de la persona privilegiada, degenerarían en verdaderos privilegios *causæ* cuya inexistencia debe sostenerse, pues rechazados eran ya en lo antiguo según se desprende de las leyes 42, tit. 7.º, lib. 26 del Dig.; 68 y 96 de *regulis juris*, *privilegium pupilli non habebit*: *quod nec heredi pupilli datur*, *non enim causæ*, *sed personæ succurritur*.

El Proyecto de 1851, en su art. 1459, propuso un precepto idéntico al nuestro, que en relación está con los arts. 1097, 1822 y 1876 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1692 del Código de Francia, 1541 del de Italia, 1692 del de Bélgica, 1538 del de Nápoles, 1569 del de Holanda, 1698 del Sardo, 1195 del de Vaud, 1702 del de Bolivia, 793 del de Portugal, 2615 del de la Luisiana, 1635 del de Guatemala, 1722 del del Uruguay, 1906 del de Chile, 1458 del de la República Argentina, 1883 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1529. El vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, á no ser

Digitized by Google

que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, á menos de haberse estipulado expresamente, ó de que la insolvencia fuese anterior y pública.

Aun en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1.° del art. 1518.

El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios.

Es de buen sentido que el vendedor de buena fe debe quedar obligado de derecho y por la sola naturaleza del contrato á la garantía ó saneamiento del crédito cedido al tiempo de la venta, pues en ello no hace más que responder de un hecho propio cual es la existencia de la cosa cedida de la cual debe tener perfecto conocimiento; pero como la solvencia ó insolvencia de su deudor ya no es un hecho propio del cedente, sino ajeno por completo é independiente de la venta que realiza, de aquí que nuestro Código no le haga responsable de tal solvencia á no ser que se hubiera estipulado expresamente dicha responsabilidad, ó que la insolvencia fuese pública y anterior á la época de la venta ó cesión; y aun en estos casos solo responderá del precio recibido y de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta que es á lo que se refiere precisamente la primera parte del art. 1518.

Pero viene luego el último apartado del que comentamos, señalando un justo castigo al vendedor de mala fe, que en nuestro concepto no es todo lo fuerte que debiera, pues además del pago de todos los gastos, daños y perjuicios á que se refiere este artículo, fuera procedente ordenar se sacase de oficio el correspondiente tanto de culpa contra quien de tal manera procediese, pues esta sería la verdadera manera de castigar al que de mala fe obrare, sin que sirvan para reprimir tantos males, ni la declaración de nulidad á que se refiere el art. 1476, ni las obligaciones que impone el art. 1486 de este mismo Código, con los demás concordantes que se relacionan con el que al presente comentamos.

Precedentes encontramos en las leyes 4.ª, tít. 4.° lib. 18; 74, párrafo 3.°, tít. 2.°, lib. 21; 10 y 11, tít. 4.°, lib. 18 del Digesto; y 61, tít. 5.°, Part. 5.ª.

El Proyecto de 1851, en su art. 1460, propuso idénticos preceptos al nuestro, que en relación está con los arts. 1062, 1106 al 1108 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 1693 al 1695 del Código de Francia, 1542 y 1543 del de Italia, 1693 al 1695 del de Bélgica, 794 del de Portugal, 1907 del de Chile, 1729 del del Uruguay, 1636 y 1637 del de Guatemala, 1570 al 1572 del de Holanda, 1476 del de la República Argentina, 1703 del de Bolivia, 2716 del de la Luisiana, 420 y 421 del de Prusia, 1699 y 1700 del Sardo, 1196 y 1197 del de Vaud, 1579 al 1581 del de Nápoles, 1397 del de Austria, y 1884 al 1896 del de Veracruz-Llave.

Digitized by Google

Art. 1530. Cuando el cedente de buena fe se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor, y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará ésta sólo un año, contado desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo.

Si el crédito fuere pagadero en término ó plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento.

Si el crédito consistiere en una renta perpétua, la responsabilidad se extinguirá á los diez años, contados desde la fecha de la cesión.

Era necesario fijar un límite á la responsabilidad del cedente en los casos que se consignan en este artículo; porque realmente, de no ser así, la inseguridad en los derechos de las personas contratantes sería tal que no podría vivirse bajo la tranquilidad del que sabe solventar todas sus obligaciones en lo que de su propia persona depende; por esto se han encontrado muy razonables y acomodados á los diferentes casos que entraña el artículo que nos ocupa, señalando el plazo de un año desde la cesión del crédito si estaba ya vencido el plazo, y de otro año desde el vencimiento del plazo, si el crédito fuese pagadero á un término no vencido; así como no puede menos de conceptuarse justo en extremo el que cuando se trate de un crédito consistente en una renta perpétua el cedente sea responsable durante diez años de su satisfacción desde el día en que tal cesión se hiciere, pues de este modo llega á cohonestarse una equitativa limitación de obligaciones, con la perpetuidad de derechos que siempre tendrían que depender de la existencia de los contratantes; pues no es lógico presumir que el cedente tuviera un derecho de perpetuidad para más allá de su vida, ni que por el hecho de la cesión de una renta perpétua fuese á extenderla á unos límites que realmente no podía tener.

Parece haberse tomado el artículo que nos ocupa de los preceptos de varios Códigos extranjeros, principalmente de los que entraña el art. 1544 del Código de Italia que es esencialmente igual al nuestro hasta en su redacción y en sus términos ó plazos que prefija para cada uno de los casos. Iguales preceptos encontramos en el art. 1887 del Código de Veracruz-Llave; viéndose alguna analogía en los arts. 1694 del de Francia, 1572 del de Holanda, 1694 del de Bélgica, 1724 del del Uruguay, 1638 del de Guatemala, 1701 del Sardo, 1196 del de Vaud, y 795 del de Portugal.

Art. 1531. El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado á responder de su cualidad de heredero.

Digitized by Google

El precepto que entraña este artículo tiene su razón de ser en que realmente quien vende las cosas que comprende una herencia no enajena cosas particulares y determinadas contenidas en ella, sino el derecho ó título universal por el cual ha de entrar á posesionarse de la entidad llamada herencia que en sí, por más que represente cosas materiales, bienes muebles ó inmuebles, no deja de ser una cosa incorpórea como lo son todas las entidades: así es que realmente el vendedor de una herencia en las condiciones expuestas en este artículo, se encuentra en el mismo caso que el vendedor de un derecho ó crédito particular, y así como á aquél le basta demostrar la existencia y legitimidad del crédito que cede al tiempo de su venta ó cesión, el que vende ó cede una herencia de la manera que expresa el artículo que comentamos, está obligado únicamente á responder de su calidad de heredero, y esto mismo se deduce de cuanto el Digesto expuso en las leyes 14 y 15, tit. 4.°, lib. 18; *quanta autem hereditas est, nihil interest.*

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 45, lib. 8.° del Código de Justiniano. los antes citados del Digesto y la ley 34, tit. 5.°, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1462, propuso un precepto igual al del presente artículo, que en relación está con los 659, 660, 1271 y núm. 4.° del 1280 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1696 del Código de Francia, 1545 del de Italia, 1696 del de Bélgica, 1909 del de Chile, 1573 del de Holanda, 1728 del del Uruguay, 1639 del de Guatemala, 1706 del de Bolivia, 2620 del de la Luisiana, 1808 del de Veracruz-Llave, y otros; siendo casi todos ellos idénticos al nuestro, pues en todos se determina que el que vende una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, solo está obligado á responder de su cualidad de heredero.

Art. 1532. El que venda alzadamente ó en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas ó productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo ó de la mayor parte.

Acerca de este precepto expuestas quedan ya en ocasiones diferentes las bases generales sobre que debe girar el concepto que implican ventas de este género; pues evidente es que la venta en globo de la totalidad de ciertos derechos, rentas ó productos entraña una unidad compuesta de varias parcialidades que en nada alteran cada una de ellas por sí la sustanciabilidad del todo; y por lo mismo cuando este todo viene á llenar las necesidades del que lo compró, los usos á que ha de dedicarlo y el concepto esencial que de él formó al verificar la compra, están satisfechas sus aspiraciones y por lo tanto no puede

Digitized by Google

hacer responsable al vendedor de pequeñas alteraciones ó diferencias que encontrare en alguna de las parcialidades componentes de ese todo; como tampoco el comprador abonaría al vendedor las pequeñas exuberancias ó mayores rendimientos que esas parcialidades le produjesen; porque realmente en este caso se cede en globo el derecho á todas las rentas y este derecho es el que se vende sin numerarlas, no el de cada una de ellas en particular, y por lo tanto del derecho en general que enajena es de lo que debe responder el vendedor, no de una ú otra producción, de una ú otra renta que pueda resultar más ó menos incierta. De manera que de haber lugar al saneamiento, nunca podría exigírsele al vendedor de cada una de las partes que componen aquel todo, salvo el caso de evicción del todo ó de la mayor parte.

Precedentes encontramos en la ley 15, tit. 4.°, lib. 18 del Digesto, y en la 34, tit. 5.°, Part. 5.ª; habiéndose propuesto un precepto idéntico en el art. 1463 del Proyecto de 1851.

Concordancias vemos en los arts. 1889 del Código de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1533. Si el vendedor se hubiese aprovechado de algunos frutos ó hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador, si no se hubiese pactado lo contrario.

Este artículo está íntimamente relacionado con el 1531 de este mismo Código y realmente parecen el uno consecuencia del otro, como el anterior se explica perfectamente una vez demostrada la razón de ser del que le precede; y refiriéndose el que ahora comentamos á la venta de una totalidad comprendida bajo el nombre de una herencia, es evidente que si el vendedor ha disfrutado de algunos de sus frutos ó de sus rentas, responda de ellas, porque realmente su disfrute constituye una segregación de la totalidad vendida; pues si el vendedor ha enajenado todo el derecho que tenía en los bienes ó en la heredad de su causante, debe restituir al comprador aquello que haya él percibido á consecuencia del derecho ó título vendido, si otra cosa no se hubiere pactado en contrario.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, párrafos 1.° y 2.°, tit. 4.°, lib. 18 del Dig.; y el Proyecto de 1851 en su art. 1464, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con el art. 1095 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1697 del Código de Francia, apartado 2.° del 1545 del de Italia, 1697 del de Bélgica, 1707 del de Bolivia, 2621 del de la Luisiana, 1574 del de Holanda, 1910 del de Chile, 1640 del de Guatemala, 1729 del del Uruguay, 1890 del de Veracruz-Llave, y otros

Digitized by Google

Art. 1534. El comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario.

La reciprocidad de derechos y obligaciones que hemos dicho nacen de todo contrato, viene á estereotiparse en este artículo. Si el vendedor que se aprovechó de algunos de los frutos de la herencia vendida tiene el deber de abonarle su valor al comprador, como queda sentado en el artículo anterior, justo es que el comprador satisfaga al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma. Y como las mismas causas deben producir los mismos efectos, y en la misma base se apoya el anterior artículo que el que al presente comentamos, de aquí el que el comprador deba abonar al vendedor de la herencia todo lo que por ella hubiere anticipado.

Precedentes encontramos en ley 2.ª, párrafos 9.º y 11, tit. 4.º, lib. 18 del Digesto; proponiendo el art. 1465 del Proyecto de 1851 un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1698 del Código de Francia; apartado 3.º del artículo 1545 del de Italia; 1698 del de Bélgica, 1575 del de Holanda, apartado 2.º del 1729 del del Uruguay, apartado 2.º del 1910 del de Chile, 1891 del de Veracruz-Llave, 1708 del de Bolivia, 2622 del de la Luisiana, y otros.

Art. 1535. Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho á extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el dia en que éste fué satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste á la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve dias, contados desde que el cesionario le reclame el pago.

Tiende este artículo á evitar pleitos, y á colocar al deudor en una favorable situación para el caso en que el acreedor haya tratado de un crédito litigioso con cierta depreciación, pues favorecer al deudor es librarle del cumplimiento de sus obligaciones, sin más que el pago al cesionario del precio que él pagó por la cesión, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses de dicho precio desde el dia que lo satisfizo, pues es lógicamente presumible que la mencionada cesión se hiciese por un precio reducidísimo relativamente á la importancia del crédito litigioso.

El primer apartado de este artículo parece tomado de las leyes 22, 23 y 24

Digitized by Google

del tit. 35, lib. 4.º del Código Justinianeo, redactadas con el objeto de cortar pleitos y reprimir la extremada codicia y mala fe de los que con compras y cesiones de derechos litigiosos, buscaban un enriquecimiento doloso en perjuicio de un tercero, y por ello prohibian que el cesionario pudiera compeler al deudor al abono de mayor cantidad que el precio de la cesión y sus intereses. También prohibian las leyes romanas que un crédito se vendiese en parte y se donase en otra; pues de este modo las simulaciones se evitaban notablemente, infiriéndose de su texto que no era preciso estuviese ya en litigio, pues debia inferirse que la venta ó cesión se hacia para moverlo; viéndose por lo tanto una admirable sagacidad y previsión en las indicadas leyes romanas.

Por más que algunos eminentes publicistas aboguen por la prohibición de la enajenación de acciones ó cosas, créditos ó derechos litigiosos, no sólo después de incoados los pleitos, sino mientras se tema su incoación, esto, sobre ser atentatorio en alto grado á la libertad de la propiedad, implica un favor tan señalado al deudor moroso y desmoraliza tanto la sociedad, que no puede admitirse por ninguna persona de orden y que respeta los sagrados derechos del acreedor de buena fe; pues si éste hà tenido la desgracia de hallar en su camino, más que un deudor, un estafador, la sociedad en que vive tiene el deber de protegerle tanto por lo menos como al deudor, y proporcionarle medios de no sufrir mayores perjuicios, prohibiéndole la enajenación de tales derechos, créditos ó acciones. No vemos verdadera razón filosófica ni juridica de prohibir la enajenación ó traspaso de los derechos, créditos ó acciones litigiosas que cada uno tuviera, pues si empezamos por esta prohibición para evitar pleitos y perjuicios al deudor moroso, la encontrariamos también para vedar enajenaciones de créditos, derechos y acciones no litigiosos. ¿No se venden las esperanzas? ¿No se celebran contratos aleatorios? Pues no comprendemos la razón formal y seria que haya para prohibir la venta ó cesión de derechos, créditos ó acciones litigiosos, (que para nosotros están en el mismo caso, por más que no sean sinónimos como algunos suponen). Con la propiedad hay que andar con mucho respeto, pues si se maneja, coarta y entorpece fácilmente, sin razón alguna podrian sus detractores encontrar una fundamental base para su negativa.

Entendian los romanos por crédito litigioso, como por derecho y acción litigiosa, desde que se contesta á la demanda relativa al mismo, como entiende nuestro Código, porque desde entonces hay controversia judicial; pero hubo una época en que aquel pueblo, legislador por excelencia, sustentó la idea de que bastaba la presentación del libelo ó de la demanda, para suponer en litigio el asuuto, si era la acción real la que se ejercitaba. (Así se estableció en el capítulo 1.º de la Novela 112.)

El Proyecto de 1851, en su art. 1466, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1699 y 1700 del Código de Francia, 1546 y 1547

Digitized by Google

del de Italia, 1699 y 1700 del de Bélgica, 1709 del de Bolivia, 2623 del de la Luisiana, 1119 y 1120 del de Vaud, 1543 y 1544 del de Nápoles, 1705 y 1706 del Sardo, 1725 del del Uruguay, 1892 y 1893 del de Veracruz-Llave; comprendiéndose en el primero de estos la venta de todo crédito, acción ú otro derecho, (que es lo que debe contener un precepto de este género, puesto que los *derechos* y las *acciones* pueden venderse como los créditos y pueden ser objeto de litigio); en lo demás, dichos dos artículos corresponden perfectamente al que de nuestro Código comentamos, ó mejor dicho, son idénticos; 1911 al 1913 del de Chile, 786 y 788 del de Portugal, 2962 del de México, 2834 del de la Baja California y 2962 del de Campeche; si bien estos tres últimos Códigos previenen que la venta de cosa ó derecho litigioso no está prohibida, pero si el vendedor no manifestase la circunstancia de hallarse en litigio responderá de daños y perjuicios etc., etcétera.

Art. 1536. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior la cesión de ventas hechas:

1.° A un coheredero ó condueño del derecho cedido.

2.° A un acreedor en pago de su crédito.

3.° Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda.

Consignanse aquí los casos en que el legislador conceptúa que la cesión de crédito, derecho ó acción litigiosa es favorable, ó produce excelentes resultados: en el coheredero ó condueño de un derecho litigioso, porque así se reduce ó evita la comunidad, y se dirige á la mayor independencia y producción de la cosa, haciéndola de uno solo de los condóminos ó reduciendo el número de éstos, cuya tendencia se ve ya en el legislador al sostener el retracto de comuneros: en el segundo caso, porque cuando un deudor paga a su acreedor con el crédito litigioso que dicho deudor tiene contra un tercero, no cabe sospecha de codicia ni mala fe en el acreedor: como tampoco cabe tal codicia en el caso tercero, pues el que posee una finca que compró como libre, al ver que resulta que está hipotecada por 10000 pesetas y es demandado en juicio por el acreedor hipotecario, puede perfectamente comprar aquel crédito que sobre la finca gravita por su valor ó por menos, y repetir contra su vendedor por las 10000 pesetas, sin que esto arguya especulación, codicia ni mala fe, pues solo debe verse en tal acto el natural deseo de librarse de aquella hipoteca y asegurar la pacífica posesión de la cosa.

Precedentes encontramos en la ley 22.ª, tit. 35, lib. 4.° del Código Justinianeo, y el Proyecto de 1851, en su art. 1467, propuso un precepto análogo al que

Digitized by Google

de nuestro Código nos ocupa, que relación guarda con los arts. 392 y 1067 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1671 del Código de Francia, 1548 del de Italia, 1701 del de Bélgica, 786 del de Portugal, 1711 del de Bolivia, 2624 del de la Luisiana, 1201 del de Vaud, 1726 del del Uruguay, 1913 del de Chile, 1894 del de Veracruz-Llave, y otros; siendo iguales al nuestro los de Francia, Belgica, Italia y Veracruz-Llave, y bastante parecidos la última parte del de Chile, el de Portugal y el del Uruguay.

CAPÍTULO VIII.

DISPOSICIÓN GENERAL.

Art. 1537. Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción á lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria.

Poner en relación este Código (principalmente en lo relativo á este tit. 4.º), con la ley hipotecaria, es el deseo que se ve en el legislador al dedicar este capítulo 8.º á tratar bajo un solo artículo de la disposición general que el mismo entraña.

El Proyecto de 1851, en su art. 1468, se refería al tit. 20 dé aquel mismo Proyecto, en el que se trataba «Del Registro Público»; lo cual se comprende perfectamente bien porque como entonces no se habia constituido debidamente el Registro de la Propiedad ni habia ley Hipotecaria, no podia referirse, como hoy á ella.

Guarda alguna relación el precepto que nos ocupa con el art. 334 de nuestro Código, y principalmente con los arts. 6 al 41 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponden en las de Cuba y Puerto-Rico á los arts. 14 al 49 y en la de Filipinas á los arts. 15 al 50; cuyas leyes consignadas quedan, con sus notas correspondientes, en el tomo 2.º de esta obra.

TÍTULO V.

De la permuta.

Art. 1538. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga á dar una cosa para recibir otra.

Digitized by Google

Siguiendo el estudio de los contratos, encontramos el tit. 5.º que trata de la permuta al cual dedica cuatro artículos, limitándose á esto indudablemente, porque conocido es de todos en demasia tal contrato en sus pormenores, y porque sentadas las bases generales de las obligaciones y de los contratos, basta lo que para éste aquí se preceptúa para que no quepa duda de su texitura, y se resuelvan debidamente las dificultades que á los más nimios pudieran ocurrir.

Este contrato, conocido también en lo antiguo con los nombres de *permutación*, *trueque* y *cambio*, es el que más se asemeja á la compra y venta, y realmente fué su precursor, pues cuando no existia ese tipo del valor de las cosas llamado moneda, solo por la permuta ó cambio de una cosa señalada por otra, pudieron los hombres satisfacer sus primeras necesidades.

La permuta puede ser y es simple cuando se establece y contrae sin apreciar objeto de las mismas, y estimatoria se denomina cuando precede el aprecio de las cosas cambiadas.

Pero circunscribiéndonos al art. 1538 de nuestro Código que es el que ahora comentamos hemos de exponer sencillamente, que la definición que dicho precepto encierra como la que todos los Códigos modernos dan de dicho contrato, es mucho más técnica, sencilla y exacta, que las que encontramos en el derecho romano, contrato por el cual los contrayentes se obligan á dar una cosa por otra. De manera que el elemento esencial de este contrato es la dación de una cosa por otra; este requisito indispensable es lo que le da carácter, es lo que le distingue de la compra y venta: se permuta una cosa por otra: se vende una cosa por precio cierto en dinero. He aquí caracterizados y diferenciados sencillamente estos dos contratos. Los dos son contratos consensuales, en ambos el vendedor y el permutante transfieren una cosa, pero en la venta hay precio en dinero, en la permuta hay cambio de objetos.

Precedentes encontramos en las leyes 5.ª, párrafo 1.º, tit. 5.º, lib. 19 del Digesto, y párrafo 2.º, tit. 4.º, lib. 3.º de las Instituciones; 1.ª, tit. 6.º, Part. 5.ª; 1.ª, párrafo 2.º tit. 4.º, lib. 19 del Digesto; 1.ª, tit. 64, lib. 4.º Código romano; pero ya hemos indicado que según dichos precedentes, la permuta no era un contrato puramente consensual como la venta, sino *ex rei traditione initium obligationis præbebat*, hasta que una de las partes entregaba la cosa objeto de la permuta era tenido por nulo el pacto, y no producia obligación, si no había sido acompañada de las formalidades de la estipulación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1469, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1083, 1254 y 1261 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1702 del Código de Francia, 1549 del de Italia, 1702 del de Bélgica, 1577 del de Holanda, 2630 del de la Luisiana, 1202 del de Vaud, 708 del Sardo, 1548 del de Nápoles, 1712 del de Bolivia, 368 y 369 del de Prusia,

Digitized by Google

1045 del de Austria, 1646 del de Guatemala, 1730 del del Uruguay, 1895 del de Veracruz-Llave igual al nuestro: 1897 del de Chile, 1485 del de la República Argentina, 1592 del de Portugal, 3062 del de México, 2930 del de la Baja California y 3062 del de Campeche, siendo estos tres últimos iguales al nuestro.

Art. 1539. Si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dió, no podrá ser obligado á entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió.

En el contrato de permuta cada uno de los contrayentes es á la vez comprador y vendedor, y se obligan á transmitir respectivamente el uno al otro las cosas objeto de dicho contrato, cada una de las cuales hace al mismo tiempo de cosa y de precio, y por ello si el que recibió la cosa en primer término, descubre que es ajena y que verdaderamente no le ha sido transmitida la propiedad de aquella, no está obligado á entregar la que prometió y cumple con devolver la recibida; pues dada la naturaleza del contrato y la condición indispensable que antes hemos dicho le caracteriza, no puede ser reemplazada por dinero la cosa que resulte ajena, si bien cuando el descubrimiento de que era ajena tuviere lugar después de haber entregado ambos contrayentes las cosas objeto del contrato, no podrá pedirse la nulidad de la permuta mientras no sea inquietado en la posesión de la recibida.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, párrafos 3.° y 4.°, tit. 4.°, lib. 19 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1470, propuso un precepto análogo al que nos ocupa; y concordancias vemos en los arts. 1704 del Código de Francia, 1551 del de Italia, 1704 del de Bélgica, 1486 del de la República Argentina, 1579 del de Holanda, 1203 del de Vaud, 2632 del de la Luisiana, 1657 del de Guatemala, 1733 del del Uruguay, 1896 del de Veracruz-Llave, 3064 del de México, 2932 del de la Baja California y 3064 del de Campeche; siendo todos esencialmente iguales al nuestro menos el Argentino, que determina que si una de las partes ha recibido la cosa que se le prometía en permuta, y tiene justos motivos para creer que no era propia del que la dió, no puede ser obligado á entregar la que el ofreció, y puede pedir la nulidad del contrato aun que no fuese molestado en la posesión de la cosa recibida; mientras el de Guatemala, después de estar conforme en su primera parte con el nuestro, previene que si se prueba que una de las cosas permutadas, no es del que la ha contratado como dueño, no estará obligado á recibirla el otro contratante, ni á entregar la que él ofreció; y si después de haber verificado el cambio de las cosas, se acredita ser ajena una de ellas, se las devolverán recíprocamente los contratantes, pagando las costas y perjuicios á que dió lugar la rescisión.

Digitized by Google

Art. 1540. El que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dió en cambio, ó reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho á recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella con buena fe por un tercero.

El precepto que acaba de consignarse, está fundado en los mismos motivos que el anterior; y como el resarcimiento de daños y perjuicios puede dar lugar á un pleito largo y dispendioso, de aquí el que sea justa y equitativa la opción que se dá al que se encuentra perjudicado entre recuperar lo que dió en cambió, ó la indemnización de daños y perjuicios. Mas, tiene este artículo una segunda parte que trata de cortar las muchas cuestiones que sobre el asunto se han suscitado respecto de si el derecho á recobrar esa cosa ha de extenderse hasta el caso de encontrarse fuera ya del que la recibió en permuta, determinando que solo puede usar del derecho de recobrar la cosa que él entregó mientras subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre la misma cosa por un tercero; lo cual se preceptúa indudablemente para evitar la inseguridad de la propiedad, si bien hubiera sido conveniente que esta opción se limitara á un plazo dado para los bienes inmuebles con relación á la inscripción en el Registro, y á otro plazo prudencial relativamente á los bienes muebles; pues de este modo, sobre dar cierta estabilidad á la propiedad, los contratantes tratarian de hacer las oportunas averiguaciones dentro los plazos que se prefijasen. Mas ésto tácitamente debemos considerarlo preceptuado desde el momento en que según el artículo siguiente las permutas, en lo que no se halle expresamente determinado en este tit. 5.°, han de regirse por las disposiciones concernientes á la venta, y ya sabemos que allí se aclara y prefija perfectamente este concepto.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª en su final, tit. 64, lib. 4.° del Código Justinianeo; 1.ª, párrafo 1.°, tit. 4.°, lib. 19 del Digesto; proponiéndose en el art. 1471 del Proyecto de 1851, un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1106, 1107, 1295 y demás concordantes de este mismo Código, muy especialmente con el último de los citados artículos, en que se establece que cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas, podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Concuerda con los arts. 1705 del Código de Francia, 1552 del de Italia, 1705 del de Bélgica, 1593 del de Portugal, 1897 del de Veracruz-Llave, 1204 del de Vaud, 2633 del de la Luisiana, 1580 del de Holanda, 1661 del de Guatemala

Digitized by Google

1734 del del Uruguay, 1489 del de la República Argentina, 3065 y 3066 del de México, 2933 y 2934 del de la Baja California y 3065 y 3066 del de Campeche.

Art. 1541. En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes á la venta.

Ya hemos dicho anteriormente, que con este artículo se complementan todos los relativos á la permuta, y que las reglas de la compraventa deben conceptuarse extensivas á la permuta, en cuanto no se opusieren á los preceptos especialmente determinados para la misma; pues es tal la afinidad que existe entre uno y otro contrato que todo lo que se ha expuesto sobre las obligaciones que nacen de la buena fe que debe reinar en la compraventa ó de los efectos de las cláusulas especiales, acerca de la cabida y calidad de las cosas vendidas, su entrega, saneamiento, pérdida ó cambio sobrevenido en las mismas cosas, es aplicable á la permuta, así como no pueden serlo todas las disposiciones dictadas en aquel contrato relativas al precio, por cuanto no existiendo éste no pueden ser aplicables tales preceptos, y por ello á la permuta no tienen aplicación las reglas sobre las obligaciones del comprador á pagar el precio, las del retracto y otras análogas.

Pero hemos dicho al comentar el primer artículo de este título, que la permuta podía ser simple ó estimatoria, y hemos manifestado también la inteligencia que á cada una de ellas debe darse, pero no hemos expuesto los efectos de una y otra que son distintos y que por ello debemos siquiera indicarlos antes de cerrar este título. En la permuta estimatoria puede haber lesión, y por lo tanto dar lugar á la queja, toda vez que el carácter de dicha permuta depende del aprecio de las cosas objeto de la misma; mientras que en la permuta simple, como no precede apreciación no puede darse siquiera la idea de la lesión ni los recursos consiguientes á la misma.

Precedentes encontramos en la ley 2.ª, tit. 4.º, lib. 19 del Digesto; y el Proyecto de 1851, en su art. 1472, propuso un precepto idéntico que en relación está con el art. 346 del Código de Comercio, y con lo determinado en el art. 2.º, núm. 1.º de la ley Hipotecaria.

Concuerda con los arts. 1707 del Código de Francia, 1555 del de Italia, 1707 del de Bélgica, 1594 del de Portugal, 1205 del de Vaud, 1900 del de Chile, 2637 del de la Luisiana, 1898 del de Veracruz-Llave, 1672 del de Guatemala, 1736 del del Uruguay, 3067 del de México, 2935 del de la Baja California, 3067 del de Campeche y 1492 del de la República Argentina.

Digitized by Google

TÍTULO VI.

Del contrato de arrendamiento.

CAPITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1542. El arrendamiento puede ser de cosas, ó de obras ó servicios.

Al empezar este título sexto á tratar del contrato de arrendamiento, consigna este capítulo primero dedicado á las disposiciones generales del mismo, en el que comprende cuatro artículos, el primero de los cuales, ó sea el 1542 se reduce á expresar que el arrendamiento puede ser de cosas, de obras ó de servicios: de manera que sienta, por decirlo así, lo que puede ser objeto de dicho contrato.

Mas nosotros debemos empezar por definir genéricamente el arrendamiento, diciendo que es un contrato por el cual una de las partes se obliga á ceder á la otra el goce ó uso de una cosa ó á prestarle un servicio personal por precio determinado, y para que se comprenda en lo que es el arriendo, no solo las cosas y los servicios, sino las obras, podríamos decir que habrá arrendamiento ó locación cuando dos personas se obliguen recíprocamente la una á conceder el uso ó goce de una cosa ó á ejecutar una obra ó á prestar un servicio, y la otra á pagar por ese uso, goce, obra ó servicio un precio determinado en dinero.

Definiciones casi idénticas se encuentran en los arts. 1737 del Código del Uruguay, 1663 del de Guatemala, si bien en éste se denomina locación conducción como lo denominaban los romanos; viéndose también definido en términos parecidos en los arts. 3068 del Código de México, 2936 del de la Baja California, 3068 del de Campeche, 1493 del de la República Argentina, 1915 del de Chile, 1899 del de Veracruz-Llave, comprendiendo algunos los tres objetos del contrato que entraña el art. 1542 que de nuestro Código comentamos, ó sean las cosas, las obras y los servicios, y limitándose otros al uso ó goce de las cosas.

Sin detenernos aquí á recordar lo que las leyes romanas y nuestras leyes de Partida exponían acerca del arrendamiento, porque no es de nuestro trabajo el hacer un estudio histórico legal de tal contrato, diremos sí que en él debe ha-

Digitized by Google

ber cosa, obra ó servicio que se arrienda y precio cierto del arriendo, y que las obligaciones del vendedor y del arrendador son muy parecidas, si bien en la venta el vendedor transfiere la propiedad de la cosa vendida en cambio de un precio proporcional ó igual (según los casos) á su valor; y el arriendo, el arrendador tan solo transfiere el uso ó goce de una cosa ó de un servicio en pago del cual recibe un precio proporcional á las ventajas y utilidad que ese goce, ese uso ó ese servicio reporta; por esto el Código austriaco expone tan admirablemente el concepto del arriendo (art. 1094), diciendo que en general el tal contrato es considerado como contrato de venta del uso; pues esa es la diferencia característica de uno y otro contrato, el goce ó uso de una cosa, sin que pueda en manera alguna confundirse el arriendo con el usufructo, porque éste da más facultades.

Se dice que el precio debe ser determinado, ó sea cierto, porque sin la remuneracion de servicios ó el pago del uso, nos saldriamos de la esfera del contrato de arrendamiento para penetrar en la de las donaciones, en las servidumbres de uso, usufructo y otros actos jurídicos independientes del arriendo, pero este precio se tendrá por determinado y cierto, aunque no se hubiere pactado expresamente, atemperándose á la ley y á las costumbres del país donde se efectúe; y este precio debe consistir en dinero, porque de lo contrario, no habria ya arrendamiento verdadero, sino uno de esos contratos innominados, *facio ut facias*, *facio ut des*, etc., etc., á que se referian las leyes del Digesto y las de Partida, y de los que hemos de ocuparnos á su tiempo. Sin embargo suele consistir el precio en la percepción de frutos estipulada, sobre todo en las tierras de pan llevar ó tierras blancas que se arriendan generalmente á un número determinado de fanegas de trigo por fanega de tierra; pero si la parte designada fuese alicuota, como la mitad, la tercera parte, etc., etc., el contrato será más bien de sociedad ó aparceria, y el colono se llamará parciario ó parcero: en las provincias del Norte de España es frecuente este contrato.

Precedentes encontramos en algunas leyes del Digesto, como la 5.ª, párrafo 2.º, tit. 5.º, lib. 19 del Digesto, y en la 1.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª, viéndose alguna relación entre el precepto que comentamos y los arts. 480, 525, 1088, 1257 y 1261 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1708 del Código de Francia, 1568 del de Italia, 1708 del de Belgica, 1583 del de Holanda y otros; pero muy especialmente el de Italia, que previene que el contrato de arrendamiento tendrá por objeto las cosas, ó los trabajos ó las obras; mientras que los otros se limitan á las cosas y al trabajo ó servicios.

Art. 1543. En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga á dar á la otra el goce ó uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.

Digitized by Google

Con lo expuesto al comentar el artículo anterior basta para que el que acabamos de consignar se comprenda perfectamente; y bien determinado se encontraba ya este contrato, como el de servicios, en las leyes 4.ª, 25.ª y 5.ª, párrafo 2.º, tits. 2.º y 5.º del lib. 19 del Dig.; párrafos 1.º y 2.º, tit. 25, lib. 3.º de las Instituciones; y ley 1.ª, tit. 8.º, Part. 6.ª

En el arrendamiento de cosas, evidente es que el arrendador transfiere al arrendatario el uso de la cosa arrendada por tiempo determinado mediante un precio cierto: uno de los contratantes se obliga, como dice el Código italiano, á ceder al otro el disfrute de una cosa por tiempo determinado y mediante un determinado precio que está obligado á pagarle.

El que paga el precio se llama locatario, arrendatario ó inquilino; el que lo recibe, arrendador ó locador; y el precio, arrendamiento ó alquiler ó renta.

Vemos algunas concordancias en los arts. 1709 del Código de Francia, 1569 del de Italia, 1709 del de Bélgica, 1595 y 1596 del de Portugal; 1584 del de Holanda; 274 del Suizo, 1915 del de Chile, 1971 del de Colombia, 1899 del de Veracruz-Llave, 1094 del de Austria, 2639 del de la Luisiana, 1207 del de Vaud, 1663 del de Guatemala, 1737 del del Uruguay, 1493 del de la República Argentina, 3068 del de México, 2936 del de la Baja California, 3068 del de Campeche, y otros.

Art. 1544. En el arrendamiento de obras ó servicios, una de las partes se obliga á ejecutar una obra ó á prestar a la otra un servicio por precio cierto.

Expuesto ya lo que genéricamente es el contrato de arrendamiento, el precepto que acaba de consignarse se presenta como una consecuencia lógica de su definición, no es más que el señalamiento circunstancial de las obligaciones de cada uno de los contratantes; pues sabido es de todos que el arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes se obliga á efectuar por la otra una cosa mediante un estipendio convenido, y por consiguiente, tiene lugar cuando una de las partes se obliga á prestar un servicio y la otra á pagarle por dicho servicio un precio en dinero.

Realmente este contrato debe regirse por las reglas generales sentadas sobre las obligaciones de hacer, y por ello innecesario es que nos detengamos en más consideraciones sobre el particular.

Los mismos orígenes que el anterior artículo pudiéramos citar para este precepto, que en relación está con los de los arts 1088, 1254 y 1261 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1710 del Código de Francia, 1570 del de Italia, 1710 del de Bélgica, 1585 del de Holanda, 1627 del de la República Argentina, 3639 del de la Luisiana, 1208 del de Vaud, 1663 del de Guatemala, 1737 del del Uruguay y la mayor parte de los anteriormente citados en el artículo que precede.

Digitized by Google

Art. 1545. Los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato.

Nada puede decirse respecto de esta prescripción que envuelve una negativa muy oportuna; pues si dichos fungibles se arrendasen, ó careceria de objeto tal contrato, ó de usarse en aquello á que están destinados, se convertiria dicho contrato en un verdadero préstamo mútuo ó en una donación; y como en los arriendos, lo mismo que en los comodatos, ha de devolverse al arrendador ó al comodante la misma cosa recibida en arriendo ó en comodato, no siendo esto posible respecto de las fungibles, que por su naturaleza no pueden usarse sin consumirse ó deteriorarse, no pueden ser objeto de arrendamiento.

Precedentes encontramos en la ley 31, tit. 2.°, lib. 21 del Digesto, habiéndose propuesto en el art. 1471 del Proyecto de 1851 un precepto idéntico al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 337, 1542 y 1543 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los artículos 1902 del Código de Veracruz-Llave, primera parte del art. 1738 del del Uruguay, mas bien por deducción que por disposición tan expresa y clara como la del anterior Código; 1916 del de Chile, 1974 del de Colombia, 1499 del de la República Argentina, 3174 del de México, 3034 del de la Baja California, 3174 del de Campeche, y otros; la mayor parte de los cuales previenen sencillamente, al tratar del alquiler ó arrendamiento de cosas muebles, que pueden ser materia de este contrato todas las cosas muebles no fungibles que están en el comercio.

CAPITULO II.

De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas.

SECCIÓN PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1546. Se llama arrendador al que se obliga á ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra ó prestar el servicio; y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa ó el derecho á la obra ó servicio que se obliga á pagar.

Digitized by Google

Entra nuestro Código en este capítulo 2.° á tratar de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, dedicando su sección primera á las disposiciones generales sobre tales arrendamientos, algunos de cuyos conceptos hemos adelantado ya al estudiar el capítulo anterior.

En su art. 1546, primero de esta sección, se nos dice quien es el arrendador y quien es el arrendatario; y como ya tales ideas quedan vertidas al definir el contrato de arrendamiento, no hemos de hacer aquí más que referirnos á lo que dejamos expuesto, pues no ofrece dificultad alguna comprender que el que se obliga á ceder el uso de las cosas, á ejecutar la obra ó á prestar un servicio, conocido es bajo el nombre genérico de arrendador; mientras el que adquiere el uso de la cosa ó el derecho á la obra, ó servicio que se obliga á pagar es conocido bajo el nombre de arrendatario.

Ya sabemos que nuestra lengua á pesar de su riqueza llama arrendador lo mismo al que da que al que recibe una cosa en arriendo; que el infinitivo *arrendar* significa, según el Diccionario de la Academia, lo mismo dar que tomar en arriendo, pero en el lenguaje técnico del derecho el arrendador y el arrendatario se diferencian perfectamente entre si como locuciones que significan respectivamente el que da en arriendo y el que recibe el arrendamiento.

Pero dentro de esta misma nomenclatura, distínguese también bajo la palabra *colono* al arrendatario de predios rústicos, de *inquilino*, nombre que se da á los arrendatarios de fincas urbanas.

No cabe duda que en los arrendamientos de cosas ó animales su dueño es el arrendador; y que el que por su uso ó servicio paga el precio, es el arrendatario; y en el arrendamiento del trabajo y de la industria, el que pone la industria ó trabajo como dueño de la materia ú objeto del arrendamiento, es el arrendador, y el que los paga es el arrendatario.

El Proyecto de 1851, en su art. 1475, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1919 del Código de Chile, 1666 del de Guatemala, 1903 del de Veracruz-Llave, apartado 2.° del art. 1737 del del Uruguay, apartado 2.° del 1493 del de la República Argentina, segunda parte del 3068 del de México, parte segunda del art. 2936 del de la Baja California, segunda parte del 3068 del de Campeche, y otros.

Art. 1547. Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltase la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule.

Si el arrendatario fió á la buena fe del arrendador el precio del arriendo, y comenzada la realización del contrato, no tuviere pruebas del precio conve-

Digitized by Google

nido, deberá el arrendatario devolver al arrendador la cosa arrendada, abonándole por el tiempo que hubiese disfrutado de la cosa objeto del contrato, el precio que se regule; pero no dice como ni porqué ha de hacerse tal regulación. En el Proyecto de 1851 (art. 1476), se confiaba ese precio al juramento del propietario, si no prefería el arrendatario pedir el justiprecio de peritos, siendo de su cuenta los honorarios de éstos; pero nuestro Código no dice nada de esto; y entendemos que, salvo pacto en contrario, debe ser el peritaje quien decida del precio en casos como á los que el precepto que comentamos se refiere.

Concuerda con los arts. 1716 del Código de Francia, que es casi idéntico al art. 1476 del Proyecto de 1851, 1605 del de Holanda que es como el de Francia, 1213 del de Vaud, 1745 del del Uruguay, determinándose en este último, que se estará exclusivamente al juicio de peritos, y las costas de esta operación se dividirán entre el arrendador y arrendatario por partes iguales. El art. 1904 del de Veracruz-Llave prescribe, que cuando hubiese duda acerca del precio del arrendamiento verbal, cuya ejecución hubiere comenzado y no exista recibo, el arrendador será creído bajo su protesta, si no prefiriese el arrendatario pedir el justiprecio de peritos, en cuyo caso serán de su cargo los honorarios de éstos, si la estimación excediere del precio que hubiere confesado.

Art. 1548. El marido relativamente á los bienes de su mujer, el padre y tutor respecto á los del hijo ó menor, y el administrador de bienes que no tenga poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.

Después de lo expuesto al tratar de los bienes matrimoniales, de los respectivos derechos de los cónyuges y muy especialmente en el art. 1363 en que se prohibe al marido dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, bienes inmuebles de la dote inestimada, nada hay que exponer aquí, pues nos veríamos en el peligro de repetir lo ya indicado; y como por otro lado los arriendos por mas de seis años deben consignarse en documento público para que surtan los efectos contra terceros (art. 1280 número 2.º), y el tutor si bien está obligado á administrar bien y fielmente el caudal de los menores ó incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia (núm. 4.º del art. 264), como quiera que, según el núm. 5.º del art. 269, necesita autorización del Consejo de familia para hacer contratos ó actos sujetos á inscripción, de aquí el que el precepto que comentamos no sea mas que una lógica consecuencia de los preceptos que dejamos apuntados y otros concordantes de este mismo Código.

Sería duro en extremo sujetar por numerosos años á un menor, ó á otra de

Digitized by Google

las personas á que se refiere este artículo, á las condiciones de un contrato de arrendamiento hecho por el padre, el marido, el tutor ó el administrador de la persona á quien corresponda la finca arrendada, como tampoco sería justo que un contrato de esta clase hecho por quien podía hacerlo cuando se hizo, viniera á quedar anulado por el advenimiento de una mayoría de edad, de una separación conyugal, etc., etc.; y la equidad aconsejó un precepto como el que nos ocupa.

El Proyecto de 1851 en su art. 1485, propuso preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1718 del Código de Francia, 1572 del de Italia, que extiende el plazo á nueve años, 1718 del de Bélgica, 1755 del del Uruguay, 1601 y 1602 del de Portugal, 3077 del de México, 2945 del de la Baja California, 3077 del de Campeche, 1969 del de Chile, 2027 del de Colombia, que fija ocho años, y otros; en todos los cuales se ve la tendencia á la libertad de la contratación y á concluir para siempre con aquellas limitaciones de la ley de Partida tan contrarias á los buenos principios de derecho.

Art. 1549. Con relación á terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la propiedad.

Ya lo hemos dicho antes con referencia al art. 1280 y demás concordantes de este mismo Código: los contratos de esta naturaleza no pueden producir efecto contra tercero mientras no se inscriban, y según el núm. 5.° del art. 2.° de la ley hipotecaria, se inscribirán los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiera convenio expreso para que se inscriban; lo cual está en perfecta relación con lo establecido en el art. 5.° del Reglamento para la ejecución de dicha ley, con lo que prescriben los arts. 24 al 28 y 396 de la mencionada ley hipotecaria peninsular (cuyos equivalentes de las leyes de Ultramar dejamos anotados en el tomo 2.° de esta obra), confirmándose en el artículo que al presente comentamos de nuestro Código el 23 de dicha ley (véase página 12 del 2.° tomo); debiendo llamar la atención de nuestros lectores hácia los comentarios á la referida ley de los Sres. Escosura y Galindo, especialmente los del art. 27, por la relación que tienen con el que de nuestro Código comentamos.

También se relaciona el precepto que nos ocupa del Código con el art. 9.° de la Instrucción de 1874, sobre la redacción de instrumentos públicos sujetos á Registro.

Art. 1550. Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas

Digitized by Google

no se prohiba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo ó en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responbilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador.

Viene este precepto á concluir las controversias por largo tiempo sostenidas acerca de si el arrendatario podrá ó no subarrendar la cosa por él arrendada; puesto que determina como justa y de derecho tal facultad, mientras expresamente no se hubiere prohibido entre los contratantes en sus estipulaciones.

Y se comprende bien: el dueño de una finca que no quiere admitir subarriendo, lo estipula así en el contrato y logra su objeto amparándose en la ley; pero no mediando tal estipulación, no hay motivo para que el arrendatario que cumple sus obligaciones para con el arrendador no pueda ceder una parte de sus perfectos derechos á otra persona, bien por muy repentinas ausencias, bien por no convenir á sus intereses otra cosa en contrario.

Ya la ley 6.ª, tit. 65, lib. 4.° del Código Justinianeo, permitia el subarriendo: *Nemo prohibetur rem quam conduxit alii locare nisi aliud convenit*; y si bien en la ley de Partida no se encuentra precepto que lo autorice, en la práctica venia admitiéndose tal subarriendo, hasta que el célebre auto acordado, ley 8.ª art. 4.°, tit. 10, lib. 10 de la Novísima Recopilación lo prohibió en las casas de Madrid; y el Decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 6 de Septiembre de 1836, lo prohibió en las fincas rústicas, íntegra ó parcialmente, sin aprobación del dueño.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1481, proponia un precepto contrario al que de nuestro Código comentamos, pues decia que el arrendatario no puede subarrendar ó ceder á otro la cosa arrendada sin consentimiento del dueño, pero si éste, no siguiéndole perjuicio, ó sin otro motivo fundado, se negase á prestarlo, se rescindirá el contrato á instancia del arrendatario; y aunque esto indicaba la propensión en favor del subarriendo, nos parece más técnico, más lógico y más conforme á la libertad de los derechos de cada uno el artículo que de nuestro Código comentamos, pues no se expone á la protección caprichosa é inconsciente del arrendador.

El Código de Francia, en su art. 1717, de donde parece haberse copiado para otros diversos Códigos extranjeros, está perfectamente conforme con la ley romana antes citada como precedente, y es exactamente igual al nuestro en lo esencial, como lo son el 1717 del de Bélgica, 1573 del de Italia, el 1068 del de Austria, el 18 del Bávaro. El art. 1752 del del Uruguay, empieza por prevenir que el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo; pero inmediatamente dice: «Sin embargo, puede subarrendar para el mismo uso para que arrendó, y dentro del plazo que tiene para sí, cuando no se hubiera prohibido

Digitized by Google

expresamente en el contrato, etc., etc.» El 1701 del de Guatemala, es esencialmente igual al nuestro. El 1909 del de Veracruz-Llave, es igual al ya consignado del Proyecto de 1851. El 1946 del de Chile, es como el ya citado del del Uruguay, y al que viene á parecérsele bastante el 1595 del de Holanda. Los artículos 3118 del de México, 2986 del de la Baja California y 3118 del de Campeche, se asemejan bastante al Proyecto citado. El 1605 del de Portugal y el 1583 del de la República Argentina son enteramente iguales en lo esencial al nuestro, si bien este último exagera las facultades del arrendatario, traspasándolas á sus herederos, sucesores ó representantes: y aunque la mayoria hoy tiende por sostener la facultad de sub-arrendar en el arrendatario, no solo deben estudiarse para convencerse de tal teoria las notabilisimas obras de Pothier, Zachariæ, Aubry y Rau, y Mercadé, sino diversas sentencias del Tribunal de Casación de Francia, y de nuestro respetable Tribunal Supremo de Justicia, entre otras las de 20 Enero de 1871, 12 Noviembre de 1882, 27 Febrero de 1883, y 29 Septiembre de 1888.

Art. 1551. Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado á favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario.

Se da con este precepto una doble garantia al arrrendador, pues no solo para con él se obliga el arrendatario, sino el subarrendatario para los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la misma forma que se hubiera pactado entre el arrendador y el arrendatario.

La ley 73, párrafo último *De regulis juris*, se ocupaba de esto bajo la base establecida en el derecho romano de no ser necesario el consentimiento del propietario para efectuar subarriendos. Y tanto el Código de Italia, en su artículo 1574, como el de Francia, en su art. 1753, como el art. 1753 del de Bélgica, previenen que el subarrendatario no estará obligado para con el arrendador más que hasta la concurrencia del precio convenido en el subarriendo, por el cual sea deudor al tiempo de la notificación de la demanda, sin que pueda oponer lo que haya pagado anticipadamente; ni se reputen anticipados los pagos realizados por el subarrendatario, con arreglo á los usos de la localidad.

El art. 1910 del Código de Veracruz-Llave, preceptúa que el subarrendatario queda subrogado total ó parcialmente en lugar del arrendatario para todas las consecuencias del contrato, según que hubiese subarrendado toda la finca ó parte de ella; con lo cual convienen esencialmente los arts. 3121 del Código de Mexico, 2989 del de la Baja California y 3121 del de Campeche; aunque partiendo estos tres del supuesto de que el arrendador hubiere aprobado expresa-

Digitized by Google

mente el especial contrato de subarriendo, pues ya dijimos al comentar el artículo 1550 de este nuestro Código, que en Veracruz-Llave, como en México Campeche, Baja California y otros países, el arrendatario no puede subarrendar sin consentimiento expreso del arrendador, y en conformidad de aquellos Códigos extranjeros se redactó el art. 1481 del Proyecto de 1851. Más conforme en el precepto que comentamos está el art. 1589 del Código de la República Argentina, en el que se establece que el cesionario tiene una acción directa contra el arrendador para obligarlo al cumplimiento de todas las obligaciones que él había contraído con el locatario; y está directamente obligado, respecto al arrendador, por las obligaciones que resulten del contrato de locación; y luego en los arts. 1590 y 1591 se sienta como inconcuso, que el sublocador goza por el precio del subarriendo, de los derechos y privilegios del arrendador, sobre todas las cosas introducidas en el predio arrendado, y el subarrendatario puede demandar al sublocador que le entregue la cosa en buen estado: así como puede exigir directamente al arrendador el cumplimiento de las obligaciones que éste hubiera contraído con el locatorio: en todo lo cual se ve de modo palpable lo que tanto y tanto hemos repetido; que á por derecho natural, los contratos son tanto más fuertes y valederos, cuanto más predomina en ellos la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los contrayentes, que de toda convención debe deducirse y á toda relación jurídica debe informar; y que las leyes positivas que estereotipan en sus preceptos esos principios del común sentir, esas grandes concepciones universales, esas ideas por todo el mundo admitidas, esas derivaciones del derecho natural, se hacen más justas é imperecederas.

Art. 1552. El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, á no haberlos verificado con arreglo á la costumbre.

Consecuencia es esto de lo anteriormente indicado, y nada sobre ello habremos de expresar puesto que tan claro y patente está el espíritu de este artículo. Como que el subarrendatario se subroga en los derechos y obligaciones del arrendatario, inconcuso es que aquél ha de responder al arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requirimiento, porque si así no sucediera podría perjudicarse notablemente al arrendador con un subarriendo simulado, sin que pueda excusar dicho pago los pagos hechos adelantados si éstos no se hubieren verificado conforme á la costumbre de las localidades donde se realizaran los subarriendos: lo cual no es solo nuestro Código el que lo determina, sino que se ve con cla-

Digitized by Google

ramente prescrito en el apartado 2.° del art. 1753 del Código de Francia, en el 2.° apartado del art. 1574 del de Italia, en la última parte del art. 1753 del de Bélgica, en el 1595 del de la República Argentina y otros Códigos extranjeros; en todos los cuales se ve sustentada la tésis de que el subarrendatario no puede oponer al locador originario los pagos anticipados que hubiese hecho, á no ser que se hubieren verificado por cláusulas ó convenios especiales de la sublocación ó fuesen conformes á los usos de los lugares.

Art. 1553. Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa.

En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa.

Las referencias no se comentan, mucho ménos cuando las disposiciones á que corresponden están ya comentadas, y claras son en extremo. La relación íntima que entre varios contratos existe, hace que muchas de las prescripciones por que han de regularse sean comunes, asi sucede con el saneamiento en los de compra venta y de arrendamiento.

Evidente es también que cuando la devolución del precio sea procedente, si el arrendatario ha disfrutado de la cosa arrendada, se haga la proporcional rebaja de dicho precio relativamente al tiempo que de la expresada cosa se sirvió, porque de no ser asi se echaria por tierra el inconcuso principio de derecho de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de tercero. Pothier, el que tanta y tan justa fama alcanzó al tratar de las obligaciones, hace uno de los más admirables estudios sobre el arrendamiento, digno de ser conocido; y apesar de que nuestro Código es más lógico en alguno de sus preceptos, que aquél en algunas de sus teorias; en esto merece estudiarse.

Precedentes encontramos en el texto y párrafo 1.° del tit. 25.°, lib. 3.° de las Instituciones, en la ley 9.ª al principio, ley 33.ª, tit. 2.°, y la ley 19.ª, párrafo 1.° de dicho tit. 2 °, lib. 19 del Digesto; y leyes 14.ª y 21.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª; habiéndose propuesto un precepto análogo al nuestro en el art. 1484 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1913 del Código de Veracruz-Llave, 1494 del de la República Argentina, 1217 del de Vaud, 2665 del de la Luisiana, 1913 del de Veracruz-Llave, 1588 del de Holanda, 1567 del de Nápoles, 1721 del de Francia, 1729 del Sardo, 1721 del de Bélgica, si bien la mayor parte de ellos, como el francés, se limita á los vicios ó defectos de la cosa arrendada.

Digitized by Google

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR Y DEL ARRENDATARIO.

Art. 1554. El arrendador está obligado:

1.° A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato.

2.° A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias á fin de conservarla en estado de servir para el uso á que ha sido destinada.

3.° A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

Al ocuparse esta sección 2.ª de los derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario, empieza el art. 1554 tratando de las obligaciones del arrendador, que se reducen á entregar al arrendatario lo que objeto fué del contrato, á verificar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias á fin de conservar la cosa en estado de servir para el uso á que ha sido destinada, y á mantener al arrendatario en el pacífico goce del arrendamiento por todo el tiempo del contrato. Obligaciones todas muy semejantes á las que el vendedor contrae para con el comprador, salvo que el vendedor transfiere al comprador la propiedad de la cosa objeto de aquel contrato, y en éste el arrendador solo traspasa al arrendatario el uso ó goce de la cosa arrendada.

Sin la entrega de la cosa el uso es imposible, por lo cual dicha entrega es una obligación esencial de este contrato, como lo sería en el de compra y venta, y por ello sin dicha entrega no cabe la existencia del arriendo, siendo también indispensable que se entregue la cosa con todos sus accesorios, en buen estado y en condiciones de uso, pues de lo contrario, se haria ilusoria la entrega; y no siendo ésta completa, no puede conceptuarse que hay verdadera entrega para los efectos del caso.

Está también obligado el arrendador á conservar la cosa arrendada, lo cuál es una consecuencia lógica de la naturaleza del contrato de arriendo; pero puede pactarse lo contrario, ó sea que el arrendatario se encarga de la conservación de la cosa, pues reparándola y conservándola en uso el uno ó el otro contratante, la cosa subsistirá para el contrato, y por lo tanto no es esencial que precisamente el arrendador sea quien satisfaga las reparaciones.

El tércer término de este artículo, ó sea la obligación de mantener al arrendatario por todo el tiempo del arriendo, es tan esencial como en la compra venta, pues sin cumplir dicha obligación el arrendador, el arrendatario no po-

Digitized by Google

dria usar de la cosa arrendada, y por lo tanto no habria contrato, como sucederia en la compra venta, ó mejor dicho, quedaria rescindido *ipso jure*.

Precedentes encontramos en la ley 15.ª, párrafos 1.º y 2.º, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto; 25.ª, párrafos 2.º, 3.º y 4.º; 33.ª del mismo título y libro; y 24.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª; habiendo propuesto el art. 1477 del Proyecto de 1851 un precepto idéntico al que comentamos, que en relación está con los arts. 1462 al 1464 de este mismo Código.

Concordancias vemos con exactitud en los arts. 1719 del Código de Francia, 1606 del de Portugal, 1575 del de Italia, 1719 del de Bélgica, 1586 del de Holanda, 2662 del de la Luisiana, 1215 del de Vaud, 1565 del de Nápoles, 1727 del Sardo, 1096 del de Austria, 1707 del de Guatemala, 1723 del de Bolivia, 272 del de Prusia, tit. 1.º, 1.ª parte; 1757 del del Uruguay, 1924 del de Chile, 1905 del de Veracruz-Llave, 1514 al 1516 del de la República Argentina, 3082 del de México, 2950 del de la Baja California, 3082 del de Campeche, y otros; siendo casi todos identicos al nuestro, aun que el argentino se encuentra redactado en distinta forma, y dando estos tres últimos mayor extensión al precepto, pues además de los tres extremos que nuestro Código comprende, hay en aquellos, bajo el número 3.º, la obligación de no estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada, á no ser por causa de reparaciones urgentes é indispensables; y bajo el núm. 5.º, la de responder de los perjuicios que sufra el arrendatario por los defectos ó vicios ocultos de la cosa anteriores al arrendamiento.

Art. 1555. El arrendatario está obligado:

1.° A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos.

2.° A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra.

3.° A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato.

Es indudable que á las obligaciones del arrendador corresponden las del arrendatario consignadas en este artículo. Pagar, en primer término, según la costumbre del lugar, el precio del arriendo y en el tiempo estipulado en el contrato, ante todo en los términos convenidos, y cuando no hubiera pactos sobre esto, según costumbre. Usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola á lo pactado; y en defecto de pacto, al uso que se infiera de la propia naturaleza de la cosa arrendada, según costumbre de la tierra, es decir, que no podrá dedicarse á tahona, mesón ó teatro, la casa que estaba an-

Digitized by Google

tes destinada solamente á las habitaciones usuales de familia, ni hacer público el baño que el propietario tenia en ella para su uso particular. Acerca de esto el Digesto tiene preceptos claros explicando los casos con abundantes ejemplos en los párrafos 4.° y 8.° de la ley 13.ª, tit. 1.°, lib. 7.° Y 3.°, pagar los gastos que ocasiona la escritura del contrato, porque á nadie beneficia tanto dicho documento como al arrendatario.

Respecto de la parte primera, encontramos precedentes en las leyes 25.ª, párrafo 3.°, y 61.ª, tit.2.°, lib. 19 del Digesto; 3.ª y 4.ª, tit. 65.°, lib. 4.° del Código de Justiniano; y 7.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª; habiendo establecido un precepto análogo el art. 1478 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1728 del Código de Francia, 1583 del de Italia, 1728 del de Bélgica, 1596 del de Holanda, 1938 al 1940 del de Chile, 1772 del del Uruguay, 1715 del de Guatemala, 1554 al 1556 del de la República Argentina, 1906 del de Veracruz-Llave, 1608 del de Portugal, 3092 del de México, 2960 del de la Baja California, 3092 del de Campeche, 1726 del de Bolivia, 2690 del de la Luisiana, 1224 del de Vaud, 286 del Suizo, 1996 y 1997 del de Colombia, y otros.

Art. 1556. Si el arrendador ó arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, ó sólo esto último, dejando el contrato subsistente.

El precepto que acaba de consignarse se ha dictado indudablemente bajo el más igual y estricto principio de justicia, mucho más que el que proponia el art. 1479 del Proyecto de 1851, en el que se referia sólo á la facultad del arrendador para pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios en el caso de que el arrendatario no cumpliere sus obligaciones; mientras que el que de nuestro Código comentamos alcanza los derechos y obligaciones reciprocos del arrendador y arrendatario. Y aun cuando algunos supongan que debiera darse este precepto principalmente contra el arrendatario, porque siendo él el material tenedor de la cosa dada en arriendo, es más facil que abuse de la cosa en lugar de usar simplemente de ella, y bajo el concepto, por otro lado, de que vale más prevenir el incremento del daño ó la total destrucción de la cosa, que trabajar después para su reparación, no cabe duda que mirado el asunto en el terreno de la justicia estricta, tratando de armonizar los derechos del arrendador con los del arrendatario, y fijándonos en la reciprocidad de los derechos y obligaciones que nacen para los contratantes de la relación juridica por ellos establecida, lo justo, lo equitativo y lo razonable es que, cual previene el art. 1556 que comentamos, desde el momento en que cualquiera de los otorgantes no cumple las obligaciones que en los artícu-

Digitized by Google

los anteriores se prefijan, el otro tenga perfecto derecho para pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, ó sólo ésto, sin que deban significarse preferencias entre el arrendador y el arrendatario ó viceversa.

Precedentes encontramos en la ley 3.ª, tit. 65, lib. 4.º del Código Justinianeo, y en la ley 6.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª; y en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1106 al 1108 y 1295 de este mismo Código.

Concuerda en parte con los arts. 1729 del Código de Francia, 1584 del de Italia, 1729 del de Bélgica, 1559 del de la República Argentina, 1109 y 1111 del de Austria, 2681 del de la Luisiana, 1225 del de Vaud, 1597 del de Holanda, 1708 y 1716 del de Guatemala, 1773, 1774 y 1777 del del Uruguay, 1907 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1557. El arrendador no puede variar la forma de la cosa arrendada.

De buen sentido es el precepto que acaba de consignarse, por cuanto, si lo contrario se consintiera perderia el arriendo su verdadero carácter y ya no sería el simple uso ó disfrute de la cosa lo que se transferiria por tal contrato, sino la verdadera propiedad; pues ni aun en el usufructo se consiente tal facultad de transformar la cosa usufructuada, á pesar de la mayor extensión que en aquél se da á las facultades del usufructuario, ni durante el usufructo se permite que el dómino directo pueda variar la forma de la cosa que en propiedad le corresponde y de cuyo dominio útil disfruta otra persona.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 1488 propuso un precepto idéntico; y concordancias vemos en los arts. 1723 del Código de Francia, 1579 del de Italia, 1723 del de Bélgica, 1523 del de la República Argentina, 1219 del de Vaud, 1590 del de Holanda, 2668 del de la Luisiana, 1917 del de Veracruz-Llave, 1760 del del Uruguay, 1928 del de Chile, y otros; debiendo hacer presente que casi todos ellos, pero muy especialmente los de Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Veracruz-Llave son idénticos en la esencia al nuestro, pues todos ellos preceptúan que no podrá el arrendador durante el arrendamiento cambiar la forma de la cosa arrendada

Art. 1558. Si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta, y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca.

Si la reparación dura más de cuarenta dias, debe dismi-

Digitized by Google

nuirse el precio del arriendo á proporción del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado.

Si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede éste rescindir el contrato.

Es lógico el precepto que nos ocupa, por cuanto el arrendatario ha debido prever al hacer el arriendo que podrian sobrevenir deterioros en la cosa arrendada y que con motivo de su reparación se le ocasionaria alguna pequeña molestia, pues esto es lo que generalmente sucede; y como el arrendatario es el primero que está interesado en la pronta reparación de la cosa arrendada para poder utilizarla más en conformidad con los fines que se propuso al hacer tal contrato, de aqui el que tenga obligación de tolerar dicha obra aunque le moleste y durante la misma se vea privado de una parte de la finca; pero convenia para evitar dudas y pleitos fijar un término, y éste ha creido conveniente el legislador sea el de cuarenta dias, pues no es presumible que ciertos deterioros ordinarios puedan costar tanto tiempo repararlos, ni tampoco es factible que el arrendatario pueda ni quiera someterse á tan larga incomodidad y privación de la cosa arrendada sin rebaja del precio del arriendo; más para el caso en que la obra sea de importancia tal que haga inhabitable la mayor parte de la casa arrendada y la familia del arrendatario necesite sus habitaciones, podrá rescindir el contrato, porque siendo como hemos dicho antes una de las primeras obligaciones del arrendador entregar en buen estado la cosa al arrendatario y conservarla en disposición de que pueda utilizarse de ella, claro es que desde el momento en que por las condiciones de las obras de reparación se le inutiliza hasta el extremo de no poder servirse para sus más apremiantes necesidades, no podrá menos de rescindirse un contrato que carece de objeto, puesto que el principal que tiene el arrendamiento es el uso ó disfrute de la cosa arrendada, y si de ésta no puede usar por circunstancias contrarias á su voluntad, dicho se está que no puede subsistir el contrato.

Precedentes encontramos en la ley 27, tit. 2, lib. 19 del Digesto; y el artículo 1489 del Proyecto de Código de 1851, propuso preceptos análogos al que nos ocupa, que en relación está con el art. 1295 de este mismo Código: y concordancias vemos en los arts. 1724 del Código de Francia, 1580 del de Italia, 1724 del de Bélgica, 1591 del de Holanda, los cuales son enteramente iguales al que de nuestro Código comentamos; viéndose muy semejante analogia y casi identidad en la esencia, en los arts. 1918 al 1920 del de Veracruz-Llave, 1519 del de la República Argentina, 1714 del de Guatemala, párrafos 2.°, 3.° y 5.° del 1565 del de Chile; párrafos 2.°, 3.° y 4.° del 1760 del del Uruguay, esencialmente iguales entre si, 1220 del de Vaud, 2670 del dela Luisiana, 1119 del de Austria, 1

Digitized by Google

mero 3.° del art. 3082 del de México, n.° 3.° del 2950 del de la Baja California, núm. 3.° del 3082 del de Campeche, núm. 3.° del 1603 del de Portugal y otros.

Art. 1559. El arrendatario está obligado á poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación ó novedad dañosa que otro haya realizado ó abiertamente prepare en la cosa arrendada.

También está obligado á poner en conocimiento del dueño, con la misma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el n.° 2.° del art. 1554.

En ambos casos será responsable el arrendatario de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionaren al propietario.

Volvemos á exponer que en este artículo se marca de nuevo la reciprocidad de derechos y obligaciones que entre el arrendador y el arrendatario existe, desde que en virtud del arrendamiento nació la relación jurídica que todo contrato crea entre los contrayentes, ó sea entre las personas cuyas voluntades confluyen acerca de un objeto dado. Estas obligaciones son consecuencia de las impuestas al arrendatario en el art. 1555 de este mismo Código, pues ningún diligente padre de familia puede dejar de dar conocimiento de las asechanzas que contra la cosa poseida observare para que quien pueda remediarlas las remedie, mucho más cuando él está tan interesado como el propietario, aunque solo sea por salvar las molestias consiguientes, en evitar toda usurpación ó novedad dañosa por otros realizada, ó que abiertamente y de un modo manifiesto se prepare en la cosa arrendada; así como también está obligado á avisar con la mayor premura al arrendador todo cuanto se refiera á la necesidad de hacer las reparaciones necesarias para conservarla, comprendidas en el núm. 2.° del art. 1554, por cuanto de no dar los avisos convenientes para la conservación de la cosa, el propietario se veria perjudicado con el gran deterioro ó la destrucción que la misma sufriese por la apatía del que habitaba ó tenia en arriendo la finca objeto de tal contrato: por ello es muy razonable y justo que el arrendatario responda en ambos casos de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionaren, pues el propietario que posee por medio del arrendatario, descansa generalmente en que éste encontrándose como se encuentra cerca ó en la misma finca arrendada, ha de prevenir de todas las usurpaciones que se intenten y ha de dar cuenta de todas las reparaciones necesarias para el sostenimiento de la cosa, en el buen estado en que habiendo buena fe por parte de ambos contrayentes, á los dos conviene se conserve.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, tit. 19, lib. 3.° del Código ro-

Digitized by Google

mano; 11.ª, párrafo 2.º, y 41.ª, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto; proponiéndose preceptos análogos en el art. 1490 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1768 del Código de Francia, 1587 del de Italia, 1768 del de Bélgica, núm. 4.º del 1608 del de Portugal, 1580 del de la República Argentina, 444, tit. 21, parte 1.ª del de Prusia, 1627 del de Holanda, apartado 2.º del art. 1931 del Código de Chile, 1921 y 1922 del de Veracruz-Llave, núm. 3.º del 1715 del de Guatemala, 3113 al 3115 del de México, 2981 al 2983 del de la Baja California y 3113 al 3115 del de Campeche; coincidiendo cada uno de los artículos designados en estos tres Códigos, en su espíritu y letra, con los respectivos apartados del artículo que de nuestro Código comentamos.

Art. 1560. El arrendador no está obligado á responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador.

No existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde.

El precepto que acaba de consignarse es una consecuencia de lo dispuesto al tratar de los contratos en general, de que en ninguno de ellos tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito, si no se hubiere pactado expresamente, salvo las excepciones limitadísimas consignadas en este mismo Código, entre las que se encuentran en primer lugar la de haberse constituido en mora el obligado; y tanto debe reputarse así al tratar de la perturbación de mero hecho, como que si se introducen en la finca rústica arrendada á sustraer frutos, ó se arroja violentamente de la casa al que la ocupa, no puede el arrendador en manera alguna responder de aquella perturbación que un tercero ocasiona, pues si tal responsabilidad se le exigiese se incurriría en el absurdo de hacer extensivas las responsabilidades puramente personales al que, sin participación alguna en hechos verdaderamente punibles, tenía el dominio de la cosa de que se perturbó al que la poseía como arrendatario, y en tales casos, no solo el arrendador, sino el mismo vendedor, no puede responder ni responde del saneamiento por evicción, que es el único que cabría, de admitir tal responsabilidad, el cual solo existe y puede existir cuando se dirija el ataque contra la propiedad de la misma cosa judicialmente.

Por ello, pues, en los casos de perturbación, de mero hecho causada por un tercero, no cabe otra acción que la directa del arrendatario contra el perturbador.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, al principio; 12.ª, tit. 65; 17.ª, ti-

Digitized by Google

tulo 49, lib. 4.° del Código Justinianeo; y el art. 1491 del Proyecto de 1851, propuso preceptos análogos al que nos ocupa, que en relación están con lo anteriormente dispuesto en la ley 21.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª, y en el art. 27 de la ley hipotecaria.

Concuerda con los arts. 1725 del Código de Francia, 1581 del de Italia, 1725 del de Bélgica, 1592 del de Holanda, 2673 del de la Luisiana, 1221 del de Vaud, 1761 del del Uruguay, 1930 primer párrafo del de Chile, 1528 y 1529 del de la República Argentina, 3086 del de México, 1923 del de Veracruz-Llave, 2954 del de la Baja California y 3086 del de Campeche.

Art. 1561. El arrendatario debe devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido ó se hubiera menoscabado por el tiempo ó por causa inevitable.

También es de buen sentido el precepto que acabo de consignarse, pues el arrendatario que tuvo el deber de conservar la cosa como un buen padre de familia durante su posesión, está obligado á devolverla al concluir el arriendo tal como la recibió, salvo los casos de menoscabo ó pérdida producida por el tiempo ó por causa inevitable, pues no puede hacérsele responsable del caso fortuito ni de la vejez de la misma cosa, si bien para evitar conflictos y pleitos y hasta para prevenir dudas conviene hacer un inventario descriptivo del estado en que se entrega la cosa arrendada con el objeto de que la devolución se haga teniendo por base dicho inventario, salvo la excepción de caso fortuito ó vejez á que se refiere el precepto que nos ocupa; sin que pueda demorarse la devolución de la cosa al arrendador en el tiempo estipulado ó por costumbre seguida, ni aún á pretexto de alegar y probar título de propiedad sobre la misma.

Precedentes encontramos en las leyes 29 y 25, tit. 65, lib. 4.° del Código Justinianeo; y conviene tener en cuenta lo que acerca del inventario que se ha indicado prevenia la ley 8.ª, tit. 10, lib. 10 de la Nov. Recop.

El Proyecto de 1851 en su art. 1492 propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1730 del Código de Francia, 1585 del de Italia, 1730 del de Bélgica, 1598 del de Holanda, 1762 del del Uruguay, 1724 del de Guatemala, 1424 del de Veracruz-Llave, 2689 del de la Luisiana, núm. 5 del 1608 del de Portugal, 1296 del de Vaud, 1556 en su última parte del de la República Argentina, los dos primeros párrafos del 1947 del de Chile, y otros.

Art. 1562. A falta de expresión del estado de la finca al tiempo de arrendarla, la ley presume que el arrendatario la recibió en buen estado, salvo prueba en contrario.

Digitized by Google

Las presunciones legales hemos dicho siempre que se fundan en el buen sentido y en lo que ordinariamente es lógico creer que suceda teniendo un fin laudable, cual es el de evitar pleitos y determinar conceptos jurídicos que en absoluto no sería fácil se determinasen; por eso conocemos todos el doble concepto bajo que las presunciones se sientan según admitan ó no prueba en contrario, diferenciándose en esto las presunciones *juris tantum*, de las presunciones *juris et de jure*; y en el presente caso es la presunción establecida tan lógica y tan natural que parece no cabe contra ella réplica alguna, pues si el arrendador está obligado á entregar la cosa en buen estado y el objeto de este contrato es precisamente dedicar la cosa arrendada al uso ó disfrute para que se arrendó, lo racional es que la cosa arrendada se entregue en aptitud de servir para el cumplimiento del contrato, y que sin estas consideraciones el arrendatario no hubiera admitido, puesto que siendo inservible, no podia llenar el objeto que apetecia, y con perfecto derecho la hubiera rechazado; por lo tanto, es de pura sindéresis la presunción legal de que el arrendatario que admitió la cosa arrendada sin expresar el estado en que se encontraba, la recibió en buen estado, y que dicho arrendador no tiene necesidad de justificar tal presunción legal, si bien el arrendatario tendrá la facultad de probar lo contrario.

El Proyecto de 1851, en su art. 1493, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1250 y 1252 de este mismo Código, pues en el primero se establece que las presunciones de ley dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas, y en el segundo se determina que esas mismas presunciones pueden destruirse por prueba en contrario, excepto en los casos que la ley lo prohiba expresamente.

Concuerda con los arts. 1731 del Código de Francia, 1586 del de Italia, 1731 del de Bélgica, 1599 del de Holanda, 1227 del de Vaud, 1706 del de Guatemala, apartado 3.° del 1947 del de Chile, apartado 2.° del 1788 del del Uruguay, 1925 del de Veracruz-Llave, 1616 del de la República Argentina, 3125 del de México, 2993 del de la Baja California y 3125 del de Campeche.

Art. 1563. El arrendatario es responsable del deterioro ó pérdida que tuviere la cosa arrendada, á no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya.

Este precepto es una aplicación de las reglas generales establecidas en los contratos, y evidente es que el arrendatario solo puede ser responsable del deterioro ó pérdida que tuviere la cosa arrendada por culpa suya.

Esto no es nuevo, pues ya las leyes 29, tit. 65, lib. 4.° del Código Justiniano y 8.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª contenian preceptos bien parecidos.

El Proyecto de 1851, en su art. 1494, propuso un precepto idéntico al que

Digitized by Google

nos ocupa, que en estrecha relación está con los arts. 1104. 1105, 1122, 1182, 1183 y 1186 de este mismo Código: y vemos concordancias en los arts. 1732 del Código de Francia, 1588 del de Italia, 1732 del de Bélgica, 1561 del de la República Argentina, 1600 del de Holanda, 1723 del de Guatemala, apartado 4.° del 1947 del de Chile, 1783 del del Uruguay, 1228 del de Vaud y 1926 del de Veracruz-Llave.

Art. 1564. El arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa.

Fúndase este precepto en consideraciones análogas á las que sirvieron de base á los arts. 20 y 21 del Código penal. El buen padre de familia debe vigilar los actos de ésta, encaminarlos y dirigirlos al bien: por esto, allí, ante la ley penal se le hace responsable subsidiariamente de los actos punibles cometidos por sus hijos y por los dependientes empleados en su servicio; por eso allí se hace responsables á los posaderos, taberneros y empresas, de los delitos cometidos en sus establecimientos; aquí, ante la ley civil, el arrendatario responde del deterioro causado por las personas de su casa, porque el arrendatario debe usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, como si fuera suya, responder de los daños y perjuicios que se causen por él, por su familia, criados y personas de su casa, comprendiendo en ésta los huéspedes, si se dedica á tenerlos en su domicilio, los que acudan al establecimiento arrendado por él para su trabajo, etc., etc., pues cada cual debe cuidar de quien recibe en su casa y de las consecuencias del negocio á que dedica la finca arrendada.

Precedentes encontramos en las leyes 25.ª, párrafo 7.°; 30.ª, párrafo 4.°, título 2.°, lib. 19 del Digesto; y 11.ª del mismo título y libro; 1.ª y 6.ª, tit. 17, lib. 3.° del Fuero Real; 8.ª y 18.ª, tit. 8.° Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su artículo 1495, propuso un precepto análogo al nuestro.

Concuerda con los arts. 1735 del Código de Francia, 1927 del de Veracruz-Llave, idéntico al del Proyecto citado; 1602 del de Holanda y 1735 del de Bélgica, idénticos al de Francia; apartado 2.° del 1588 del de Italia, casi igual á los anteriores; comprendiendo no sólo los de la casa sino los subarrendatarios; 2691 y 2692 del de la Luisiana; 1230 del de Vaud, 1783 del del Uruguay, que hace responsable al arrendatario, no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, dependientes, huéspedes ó subarrendatarios; el 1941 del de Chile, muy parecido al anterior, si bien no comprende la de los subarrendatarios; última parte del 1724 del de Guatemala, esencialmente análogo al del Uruguay; 1561 del de la República Argentina, que le hace responsable de todo daño ó deterioro que se causare por su culpa ó por hechos de las personas de su familia

Digitized by Google

que habiten con el, de sus domesticos, trabajadores, huéspedes ó subarrendatarios.

Art. 1565. Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el dia prefijado sin necesidad de requerimiento.

Es también de buen sentido el precepto que acaba de consignarse, y en relación está con los que entrañan los arts. 1125, 1127 y 1130 de este mismo Código.

Sin embargo, este contrato está sujeto ante todo á la voluntad de las partes que es la suprema ley de todos los contratos, en cuanto no se oponga á las leyes y las buenas costumbres; aunque parece que en el mero hecho de señalarse plazo, quiere eludirse todo desahucio. En Roma, como en las primeras leyes de nuestra pátria, no se distinguia entre arriendo verbal y escrito; al espirar el plazo porque se efectuó, espiraba el arriendo sin necesidad de desahucio, á no ser que se renovase el contrato. La ley 3.ª, tit. 10, lib. 10 de la Novísima Recopilación, estableció la necesidad del desahucio cuando se trataba de tierras ó fincas rústicas, al principio del último año; si bien fué derogada esta disposición por el art. 3.º del Decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813. El art. 1604 del Código de la República Argentina, en su n.º 1.º se concreta á prevenir que la locación concluye, si fuese contratada por tiempo determinado, acabado ese término; como lo prescribe el Código de Chile en el núm. 2.º de su art. 1950, y en el núm. 1.º del art. 1728 del de Guatemala, si bien éste se ve adicionado en las siguientes frases: «sin que sea necesario aviso de despedida del locador ni del conductor»; mientras que los arts. 1737 del de Francia, 1606 del de Holanda y 1737 del de Bélgica, coinciden hasta en las palabras y todos en la esencia; pues determinan que el arrendamiento terminará de hecho al espirar el termino fijado cuando se hizo por escrito, sin necesidad de desahucio. El de Italia, en su art. 1591 preceptúa que el arrendamiento por tiempo determinado cesara de derecho por la espiración del término establecido, sin que sea necesario dar la licencia: viéndose análogos preceptos en la primera parte del art. 1788 y 1790 del del Uruguay, 1928 del de Veracruz-Llave, 3135 del de México, 3003 del de la Baja California, 3135 del de Campeche, y otros.

Art. 1566. Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, á menos que haya precedido requerimiento.

Digitized by Google

No todos los Códigos modernos están conformes en los plazos prefijados para presumir la continuación del contrato: no todos fijan plazo, como no lo fijó el derecho romano ni el Proyecto de 1851, que lo dejaba tácitamente al arbitrio judicial: pero en principio, la presunción legal aquí establecida no puede ser mas razonable.

La continuación, la permanencia del arrendatario en la finca arrendada, presupone, lógicamente pensando, renovación implícita del contrato, tácita reconducción. ¿Y cuál debe ser el plazo de la renovación? El legislador ha querido señalarlo de referencia, y en ésta, los arts. 1577 y 1581, determinan bien claramente los plazos, según se trate de fincas rústicas ó urbanas, por el tiempo necesario para la recolección de frutos ó por hojas, según los casos, en las primeras; por años, meses ó dias, en las segundas, según antes se hubiera hecho el arriendo.

Precedentes encontramos en las leyes 14.ª, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto; párrafo 11 de la 13.ª del mismo título y libro; 20.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª; si bien en las romanas no se fijaba término, como antes hemos indicado, y en la de Partida se señalaban tres dias.

Concordancias vemos en el fondo, aunque no en los términos, en la mayoría de los Códigos extranjeros. Los arts. 1738 del de Francia, 1609 del de Holanda, 1738 del de Bélgica, que son iguales hasta en su redacción, no fijan término, como tampoco lo fijaban los arts. 1745 del Sardo y 1584 del de Nápoles, determinando unos y otros que si al espirar el arrendamiento que se hizo por escrito el inquilino quedara y se le dejara en posesión, se realizará una novación de contrato, cuyo efecto se regulará por el artículo que hace relación á los arrendamientos hechos de palabra. El art. 1592 del Código de Italia, es muy parecido á los anteriores, si bién en su última parte previene que se regularán sus efectos por el artículo relativo á los arrendamientos hechos sin determinación de tiempo; en lo que está muy conforme con el nuestro por más que se determinan las referencias perfectamente.

El art. 1929 del de Veracruz-Llave es casi igual al que comentamos; viéndose también análogos preceptos en los arts. 1751 del del Uruguay, 1729 del de Guatemala, que marcá ocho dias como plazo; 1956 del de Chile, donde se entiende que si las partes manifiestan por cualquier hecho inequívoco su intención de perseverar en el arriendo, se supone renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos, y el necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de ulterior renovación.

También concuerda con los arts. 1734 del Código de Bolivia, 2658 del de la Luisiana, 325 del de Prusia (parte 1.ª del tit. 21), 1114 y 1115 del de Austria, 1293 del de Vaud, 1622 del de la República Argentina, 3136 del de México, 3004 del

Digitized by Google

de la Baja California y 3136 del de Campeche; en cuyos tres últimos Códigos, se entiende prorogado el arriendo por otro año.

Art. 1567. En el caso de la tácita reconducción, cesan respecto de ella las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del contrato principal.

Es natural que si un arrendatario presentó un fiador que asegurase el cumplimiento de sus obligaciones, la responsabilidad subsidiaria de aquel fiador, solo puede extenderse al término en el contrato estipulado, y que no ha de continuar á las responsabilidades de una próroga tácita. Esto es lo que significa el precepto que comentamos. La reconducción tácita surtirá sus efectos para el arrendador y el arrendatario, pero no obligará á tercero que aseguró el cumplimiento del contrato principal. Para esto, seria preciso consentimiento expreso del fiador.

Precedentes encontramos en las leyes 13.ª, tit. 2.°, lib. 19 del Digesto; y 7.ª, tit. 65.°, lib, 4.° del Código Justinianeo.

El Proyecto de 1851, en su art. 1498, propuso un precepto análogo al que nos ocupa; y en relación está con el art. 1851 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1740 del Código de Francia, 1594 del de Italia, 1740 del de Belgica, 1610 del de Holanda, 1957 del de Chile, que es uno de los más claros preceptos; 1235 del de Vaud, apartado último del 1729 del de Guatemala, apartado 2.° del 1751 del del Uruguay, 1930 del de Veracruz-Llave, 3140 del de México, 3006 del de la Baja California, 3140 del de Campeche, y otros.

Art. 1568. Si se pierde la cosa arrendada ó alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará respectivamente lo dispuesto en los arts. 1182 y 1183.

Casi era innecesario este artículo desde el momento en que se dijo que las reglas sentadas para la compra y venta sobre el saneamiento son aplicables al arrendamiento, y desde que se prefijaron como reglas generales de todos los contratos las de las obligaciones; pues realmente, cualquiera que bien discurra, comprende perfectamente que las obligaciones, cualquiera que sea el contrato ó acto jurídico de que nazcan, si consisten en la entrega de cosa determinada, se extinguen cuan lo la cosa objeto de la obligación se pierda ó destruya sin culpa del deudor y antes de haberse este constituido en mora; cuyo principio está en la conciencia de todos, como el común sentir aconseja que se establezca la *presunción legal* que el art. 1183 sienta, de que siempre que la cosa se hubiere perdido en poder del deudor, la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito.

Digitized by Google

tuito, salvo prueba en contrario. Pues bien, bajo estas reglas generales regidas todas las obligaciones, y extensivas como se hacen y no pueden menos de hacerse á los contratos, huelga cuanto se diga mas sobre el particular.

Precedentes encontramos en las leyes 9.ª, párrafo 1.º, y 19.ª, párrafo 6.º, título 2.º, lib. 19 del Digesto; y el art. 1499 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que está en relación con los arts. 1100, 1101, 1106 al 1108, 1122 al 1124, 1182 y 1183 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1741 del Código de Francia, 1595 del de Italia, 1741 del de Bélgica, 1234 del de Vaud. El 1730 del de Guatemala previene entre otras cosas,que no se extinguirá el contrato si la pérdida ó destrucción de la cosa ha sido por caso fortuito, y no del todo sino de una parte de ella; mientras que el art. 1766 del del Uruguay, en su 1.ª parte, preceptúa, que si durante el contrato la cosa arrendada fuese destruida en su totalidad por caso fortuito ó fuerza mayor, el contrato queda rescindido.

Prescripciones análogas vemos en los arts. 1926 del de Veracruz-Llave, 3153 del de México, 3019 del de la Baja California 3153 del de Campeche, y otros.

Art. 1569. El arrendador podrá desahuciar judicialmente al arrendatario por alguna de las causas siguientes:

1.ª Haber espirado el término convencional ó el que se fija para la duración de los arrendamientos en los arts. 1577 y 1581.

2.ª Falta de pago en el precio convenido.

3.ª Infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato.

4.ª Destinar la cosa arrendada á usos ó servicios no pactados que la hagan desmerecer; ó no sujetarse en su uso á lo que se ordena en el número 2.º del art. 1555.

Entraña este artículo preceptos tomados de otros puramente adjetivos, y algunos de referencias á otros de este mismo Código; pero realmente aquí unos y otros tienen el carácter de sustantivos, pues que sientan derechos sin marcar trámites y determinan las causas por las que puede un arrendador desahuciar al arrendatario.

Puede dar origen al desahucio el haber espirado el plazo convencional, ó el que para la duración del contrato se fija en los arts. 1577 y 1581, ó sea, según hemos dicho ya al comentar el art. 1566, el tiempo necesario para la recolección de los frutos que la finca arrendada diere de una vez, cuando se trata de fincas rústicas, según su índole y naturaleza; ó sea por años, meses ó días, cuando se trata de fincas urbanas, según que se estipule un alquiler anual, mensual ó diario; de lo cual vemos precedentes en las leyes 9.ª, 13.ª y 24.ª, tit. 2.º del lib. 19

Digitized by Google

del Digesto; 18.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª; y arts. 1562. 1563 y 1565 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente.

La falta de pago en el precio convenido, de la que se ocupa entre otras la sentencia de 7 Enero de 1889. no puede menos de ser causa de desahucio por cuanto es una de las principales y esenciales obligaciones del arrendatario. Tal precepto parece copiado literalmente del núm. 3.° del art. 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil antes citada, encontrando tambien sus precedentes en la ley 5.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª y en el art. 1.° de la ley de 8 Junio de 1813.

La infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato, es otra justa causa de desahucio; viéndose ya consignada en la ley de 25 de Junio de 1877, reformando la ley de Enjuiciamiento de 1855 en lo relativo al desahucio, cuya doctrina se sostuvo en varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras la de 6 Febrero de 1860; y la regla 1.ª del art. 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil hoy vigente sustenta igual principio.

El destinar la cosa arrendada á usos distintos de aquellos para que se arrendó, que le hagan desmerecer, debe ser necesariamente y es causa de desahucio, como lo es el que el arrendatario no use la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que se infiere de la naturaleza de la cosa arrendada, según la costumbre de la tierra, que es á lo que se refiere el art. 1555, en su núm. 2.°. Encontramos precedentes de este extremo en las leyes 25, párrafos 3.° y 4.°, tit. 2.°, lib. 19 del Digesto, y en el párrafo 5.°, tit. 24, lib. 3.° de la Instituta.

En relación se encuentra el precepto que nos ocupa con los arts. 1555, 1577, 1581 de este mismo Código y con los arts. 63 en su regla 13; 321, núm. 8.° del 460, y 1561 al 1608 de la ley de Enjuiciamiento hoy en vigor: estableciéndose en varias sentencias, entre otras la de 7 Enero de 1889, que las mejoras hechas en la finca por el arrendatario, cuando éste es desahuciado por falta de pago, ceden en beneficio del dueño.

Art. 1570. Fuera de los casos mencionados en el artículo anterior, tendrá el arrendatario derecho á aprovechar los términos establecidos en los arts. 1577 y 1581.

Prefijadas ya las causas que motivan el desahucio, viene á determinar este artículo que cuando el arrendatario no se encuentra en ninguno de los casos taxativamente señalados en el art. 1569, tendrá derecho tratándose de un predio rústico, á continuar en la finca arrendada todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que la finca diere de una vez, aunque pasen dos ó más años para obtenerlos; tal sucederá en las fincas forestales cuyos productos no siempre se recojen anualmente sino á más largo plazo. Pero en las tierras la-

Digitized by Google

brantías, divididas en dos ó más hojas, se entiende hecho el arrendamiento cuya duración no se fija expresamente, por tantos años como hojas. Y en los predios urbanos, se entiende hecho el arrendamiento por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando el alquiler es mensual, y por días cuando es diario, cesando sin necesidad de requerimiento especial el arrendamiento, cumplido que sea ese término que se deduce del alquiler.

Art. 1571. El comprador de una finca arrendada tiene derecho á que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recojer los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

Venta de la cosa arrendada y muerte del arrendador, deciase en lo antiguo que rescindian el contrato de arrendamiento, y después de haberse suscitado varias cuestiones con motivo de los resultados ulteriores de la venta de una finca arrendada, después de polémicas mil, sostenidas por tan eminentes tratadistas como Pothier, quien sustentaba la tesis de que el comprador no debia expulsar al arrendatario, sino dejarle gozar del arriendo durante el año corriente al realizarse la compraventa, se viene á decidir en el artículo que comentamos, que el comprador de una finca arrendada tiene derecho á que termine el arriendo al verificarse la venta; si bien después de esta regla general siéntanse dos excepciones: primera, la del pacto en contrario, y segunda, las disposiciones de la ley Hipotecaria.

Respecto la primera, nada hemos de exponer, por cuanto sobradamente se sabe que la voluntad de los contratantes es la suprema ley en los contratos, siempre que no se oponga á las buenas costumbres y á las disposiciones legales. En cuanto á la segunda, no podia menos este Código de tener en cuenta las disposiciones de la ley Hipotecaria, por cuanto prescribiendo ésta en el núm. 5.° del art. 2.° que se incribirán los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó los que hubieran convenido expresamente las partes, y teniendo en cuenta lo prevenido en los arts. 24 al 29 de dicha ley sobre el particular, en el primero de los cuales se preceptúa que los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra acreedores privilegiados por la legislación común, prescribiendo en el último que surtirán efecto contra tercero las dichas inscripciones desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo, lógico es que, para no ponerse en pugna con las disposiciones

Digitized by Google

de aquella ley, y atendiendo los principios de equidad que tanto debe tener en cuenta siempre el legislador, respete los arriendos inscritos debidamente, y dé al arrendatario la suficiente garantía del cumplimiento del contrato, sin que por ello pueda considerarse perjudicado el comprador, ya que conocer debiera tal arriendo y que por lo tanto al comprar la finca efectuaba el contrato bajo el supuesto del sostenimiento del arrendamiento anterior.

Además, según los mismos principios de equidad y de justicia universal, todos sabemos que nadie puede permitirse más derechos de los que uno tiene, y por lo tanto el arrendador que por escritura pública desistió por un tiempo convenido del uso y goze de la cosa arrendada y que prometió asegurar y aseguró al arrendatario en su disfrute, no puede realmente vender ó disponer en favor de un tercero de aquella propiedad como libre de la obligación anteriormente contraida con el arrendatario.

Precedentes encontramos en las ley 9.ª al principio, tit. 65, lib. 4.º del del Código Justinianeo; y la ley 19, tit. 8.º, Part. 5.ª; encontrándose en relación con el precepto que nos ocupa los arts. 1106 al 1108 de este mismo Código.

El segundo apartado de este artículo determina que, cuando el comprador hiciere uso de la facultad que le confiere la regla general establecida en el primer apartado de este mismo artículo, es decir, cuando exija que el arriendo quede terminado por la compra, el arrendatario podrá exigir que le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen; lo cual es en extremo natural y justo, porque, si el comprador hace uso de su derecho, desposeyendo por decirlo así del arriendo al que tenía la finca que con posterioridad á aquel contrato él compró, no puede menos de otorgársele al arrendatario los derechos consiguientes al contrato anterior por el mismo efectuado, y como consecuencia de ello á la recolección de los frutos que la finca produjese en el año que desde la compraventa corriera, y á la indemnización de daños y perjuicios que con esta privación de la finca se le irrogasen; si bien, como esto es lógico creer que beneficiase indirectamente al vendedor teniéndolo en cuenta para fijar el precio de la venta, y como ese mismo vendedor antes arrendador había contraido la obligación para con el arrendatario de mantenerle en la quieta y pacífica posesión y disfrute de la finca arrendada, dicho arrendador ó vendedor es el único que verdaderamente aparece responsable de tales daños y perjuicios.

Precedentes vemos en la ley 9.ª al principio, tit. 65, lib. 4.º del Código Justinianeo, y ley 19.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª; encontrándose en relación con el precepto que nos ocupa los arts. 1106 al 1108, 1511, 1520, 1546 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1502, proponía una regla contraria á la en nuestro Código establecida, pues obtaba para la subsistencia del arrendamiento por el plazo convenido siempre que constase en escritura pública.

Digitized by Google

Vemos en los arts. 1743 del Código de Francia, 1597 del de Italia, 1612 del de Holanda, 1712 del de Guatemala en relación con el núm. 4 del art. 1728, 1934 del de Veracruz-Llave, 3158 del de México, 3024 del de la Baja California y 3158 del de Campeche, que lejos de ser concordantes con el artículo que comentamos, lo son con lo que proponia el Proyecto de 1851, que expuesto queda, es enteramente contrario, pues todos ellos preceptúan que si el arrendador vendiera la cosa arrendada, el comprador estará obligado á respetar el arriendo si éste es anterior á la venta y constase en documento público ó por escritura privada de fecha cierta, á no ser que el arrendador se haya reservado el derecho de rescindir el contrato en el caso de venta, que es lo que dice claramente el Código de Italia.

En cambio el Código de Vaud en su art. 1243, preceptúa que se resuelva el arriendo por la venta ó enajenación de su parcial, y por la partición de los objetos arrendados, á menos de estipulación contraria; al igual que el art. 12, capitulo 6.°, lib. 4.° del Bávaro, y el 1120 del de Austria, si bien que en éste se contiene la excepción de cuando la escritura de arriendo ha sido inscrita en el Registro.

Art. 1572. El comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluído el plazo para usar del retracto.

La razón de este precepto es, que como el comprador con pacto de retro no adquiere irrevocablemente la cosa hasta que haya expirado el plazo del retracto; si el vendedor hace uso de este retracto, mantendria el arriendo, dependiendo por lo tanto tal resolución del evento indicado, y por ello vale más esperar la época del retracto que suscitar pleitos y complicaciones.

El Proyecto de 1851, en su art. 1506, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 1507, 1508, 1511, 1520, 1546 y 1569 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1751 del Código de Francia, 1602 del de Italia, 1751 del de Bélgica, 1613 del de Holanda, 2713 del de la Luisiana, y otros, como el 1957 del de Veracruz-Llave, 3159 del de México, 3025 del de la Baja California y 3159 del de Campeche.

Art. 1573. El arrendatario tendrá, respecto de las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario.

Aun que en general el derecho del arrendatario es menos fuerte y pleno que el del usufructuario; no es posible hacer de mejor condición al uno que al

Digitized by Google

otro, en cuanto á las mejoras útiles y voluntarias, puesto que los dos saben que gastan en predio ajeno, y que terminado el usufructo y el arriendo, no tendrán por ello derecho á indemnización, pudiendo no obstante retirar dichas mejoras, si fuese posible efectuarlo sin detrimento de los bienes objeto del usufructo ó del arriendo.

Precedentes encontramos en las leyes 55, párrafo 1.°, tit. 2.°, lib. 19 del Digesto; 19, párrafo 4.° del mismo título y libro; y 24, tit. 8.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1507, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts 487, 1546 y otros de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1738 del Código de Guatemala, 1620 y 1621 del de la República Argentina, 2967 del de la Luisiana, 1938 del de Veracruz-Llave, 1615 del de Portugal y otros, observándose alguna diversidad de opiniones sobre esto, pues mientras el artículo citado del Código de la Luisiana, previene sencillamente que el arrendatario tiene derecho á llevarse los aumentos y mejoras que ha hecho en la cosa arrendada, reponiéndola al estado en que la tomó; el del Uruguay determina que ninguna mejora es abonable al arrendatario, sino se impone en virtud de convenio por escrito, en que el dueño se haya obligado á pagarla privada ó judicialmente, excepto los reparos necesarios á que estaba obligado el locador, los cuales serán abonables al arrendatario, si éste los hubiera hecho, después que privada ó judicialmente se notifique á aquél ó sea al arrendador la necesidad de la reparación.

Art. 1574. Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago del arrendamiento, se estará, en cuanto al lugar, á lo dispuesto en el art. 1171; y, en cuanto al tiempo, á la costumbre de la tierra.

Hemos dicho repetidas veces que la voluntad de los contrayentes es la suprema ley en los contratos, y que, por lo tanto, donde hay pacto que no pugna con ley y con las buenas costumbres á él deben atenerse para el cumplimiento ó ejecución de cuanto se desprende de la relación jurídica creada por toda convención; por ello pues, el lugar y el tiempo del pago del arrendamiento debe ser en primer término el estipulado; cuando esto no se hubiera acordado, se estará á lo preceptuado en el art. 1171, ó sea donde la cosa arrendada exista al tiempo de constituirse la obligación; y en cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor. En cuanto al tiempo, se estará también á lo estipulado; y si no hubiere estipulación especial, se aplicará la costumbre de la tierra, como previene este precepto y prefijado está en el apartado 2.° del artículo 6.° de este mismo Código.

Precedentes encontramos en las leyes 55, párrafo 1.°; 19.ª, párrafo 4.°, tit. 2.°

Digitized by Google

lib. 19 del Dig.; y 4.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª; habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 1598 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1776 del Código del Uruguay, número 2.º del 1715 del de Guatemala, 1939 del de Veracruz-Llave, esencialmente igual al nuestro; 3094 y 3095 del de México, 2962 y 2963 del de la Baja California, 3094 y 3095 del de Campeche, y otros.

SECCIÓN TERCERA.

DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS ARRENDAMIENTOS DE PREDIOS RÚSTICOS.

Art. 1575. El arrendatario no tendrá derecho á rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada ó por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en casos de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios é imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto ú otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever.

Trátase en esta sección tercera de las disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos que por su carácter especial exigen realmente se les dediquen también disposiciones especialisimas, pues los predios rústicos, sus labores y sus frutos están sujetos á contingencias que no acostumbran á sufrir las demás cosas, por lo cual se hace indispensable que la ley determine los derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario en casos de incendio, guerra, peste, inundación, etc., etc.; y expuesta ligeramente la razón de ser de esta tercera sección, hemos de hacer breves consideraciones acerca de las diferencias notables que entre el derecho romano y nuestro derecho patrio antiguo existian sobre el particular y mucho más las que al presente existen entre aquellas disposiciones y las de nuestro Código; siendo también de notar las diferencias que este mismo Código establece entre casos fortuitos dentro de cuya nomenclatura caben los verdaderamente fortuitos pero ordinarios ó comunes, y los que siendo también fortuitos por no ocurrir ordinariamente dentro de lo normal, se denominan extraordinarios ó insólitos; es decir,

Digitized by Google

que comprendiendo bajo la acepción de casos fortuitos aquellos que no se preven ni son hijos de la voluntad de las partes, aquellos en que no cabe culpabilidad, los hay que siendo ocasionados por un evento, muerte ó por aventura, ocurren dentro de la vida normal y en las condiciones generales de la naturaleza misma de las cosas, y otros que no se pudieron prever por su misma rareza y porque dentro de las eventualidades naturales que en los elementos necesarios para la vida material y para la producción de los frutos terrenales no pueden ocurrir.

Las leyes romanas estaban conformes con nuestras leyes patrias en cuanto á esa diferencia de casos fortuitos ordinarios y casos fortuitos extraordinarios, y en ellas se encuentran infinidad de ejemplos cuya idea principal no aparece con toda la claridad necesaria para entender el principio que en ellos informa.

Indispensable era también, y así lo determinaron las antiguas disposiciones aludidas, que para que el arrendatario tuviera derecho á rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada ó por pérdida de frutos, esta pérdida fuera total ó muy grande, y en nuestro Código se ve que dicha pérdida ha de exceder de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios; de manera que mientras las leyes romanas no fijaban la parte de frutos que debian perderse para que la esterilidad de la cosa se tuviese por insólita, nuestro Código, más preciso que aquellas disposiciones, determina el límite mínimo de dichas pérdidas.

Nuestras leyes de Partida tomaron de las romanas la distinción de casos fortuitos sólitos ó insólitos, ordinarios y extraordinarios; pero estuvieron mas acertadas en la regulación de la pérdida y de sus consecuencias, pues determinaban que destruyéndose ó perdiéndose los frutos de la heredad por algún caso fortuito (*ocasión*) que no fuese muy acostumbrado á suceder, no estaba obligado el arrendatario á dar ninguna cosa del precio del arrendamiento, y si no se perdiesen todos, estaba en su elección el dar todo el arrendamiento al propietario ó deducir los gastos verificados para la producción ordinaria, y el sobrante de lo recolectado entregárselo al dueño.

Mas renunciando á seguir en esta serie de consideraciones que á nada conducen ya respecto al derecho hoy constituido, debemos decir que según nuestro Código, el arrendatario no puede demandar rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada proviniente de caso fortuito ordinario, y por cuanto si el caso fortuito ordinario ha podido preverse por los contratantes, habrase tenido en cuenta, de seguro, para determinar el precio del arriendo; pues lógico es que, si en un país se acostumbra á sufrir alguna tormenta en época en que destruirse puede el fruto de las fincas arrendadas, al efectuar ese arrendamiento se tenga presente tal eventualidad ó el riesgo que corre el arrendatario por las tormentas que son de temer. Pero no sucede lo

Digitized by Google

mismo, ni suceder puedé, cuando se trata de pérdidas originadas por casos fortuitos extraordinarios é imprevistos, pues aunque dentro de la naturaleza de las cosas esté la inseguridad de la recolección de frutos en una finca rústica, porque los cambios asmosféricos pueden destruir repentinamente aquello que el agricultor cultivó con sumo cuidado, y cuando próximo se cree al logro de sus afanes ó sea una buena recolección, turbadas pueden verse por un pedrisco, por un aguacero intempestivo ó por otro causal que dentro de la naturaleza ordinaria de las cosas está, y que se suceda con frecuencia, no puede atenderse lo mismo cuando esas pérdidas son hijas de eventos inciertos, imprevistos y extraordinarios que raramente se ven en una generación; y entónces si, según nuestro Código, cuando las pérdidas que reconocen tal origen exceden de la mitad de los frutos, viene el derecho del arrendatario de reclamar la rebaja del precio del arriendo, salvo pacto en contrario.

Pero es más, el artículo que comentamos viene á determinar en su segundo apartado cuales son los casos fortuitos que han de conceptuarse como extraordinarios, incluyendo en ellos el incendio, la guerra, la peste, la inundación insólita, la langosta, el terremoto ú otro igualmente desacostumbrado que los contratantes no hayan podido prever racionalmente.

De manera que aunque se da una extensión bastante lata á la excepción de la palabra «fortuitos extraordinarios», de la determinación de estos puede deducirse cuales eran los extraordinarios, entre los cuales se encontrarán las inundaciones sólitas y todas aquellas pérdidas que procedan de fenómenos que se acostumbran á observar en la vida de la agricultura.

No todos los Códigos modernos presentan identidad de preceptos sobre este particular, pues mientras el art. 1557 del de la República Argentina, preceptúa como los de México en su art. 3105, Baja California en su art. 2973 y Campeche en su art. 3105, que el arrendatario de predio rústico no tiene derecho de exigir como disminución de la renta si durante el arrendamiento se pierden en todo ó en parte los frutos ó esquilmos de la finca, alegando casos fortuitos ordinarios y extraordinarios, los arts. 1769 del Código de Francia, 1617 del de Italia, 1769 del de Bélgica y 1628 del de Holanda, preceptúan que en los arrendamientos de muchos años, si en el transcurso de su ejecución se perdiera la mitad de la cosecha por casos fortuitos, podrá el arrendatario pedir una rebaja del precio de la renta, á no ser que quedare indemnizado con la recolección de cosechas anteriores según Holanda é Italia, y siguientes según Francia y Bélgica; lo cual, de todos modos, á nuestro entender, implica la idea de una compensación que después se ve desenvuelta en el segundo apartado del referido Código, en que se previene que si no se indemnizase por este medio, la rebaja se hará al terminar el contrato, en cuyo tiempo se compensará con los demás años; facultando el tercer apartado de cada uno de dichos artículos, al Juez para perdonar provisionalmente al colono una parte de la renta proporcional á la porción de pérdida que hubiere sufrido.

Digitized by Google

También vemos preceptos análogos en los arts. 1692 del Código de Guatemala, 1777 del de Bolivia, 2714 del de la Luisiana, 1778 del del Uruguay, 1983 del de Chile y 1940 del de Veracruz-Llave, siendo éste casi idéntico al nuestro, y todos ellos dignos del más detenido estudio, pues tanto los que consignados quedan, como los de Chile, Uruguay y Guatemala, contienen reglas que no sólo diferencian la condición del arrendatario con la del aparcero, sino que determinan de modo tan justo y equitativo como nuestro Código los derechos que el arrendatario tiene en casos fortuitos extraordinarios, nunca en los ordinarios, y hasta detallan los casos especiales que pueden ocurrir sobre el particular; y el art. 1690 del de Portugal niega, como el Argentino, toda rebaja al arrendatario por cualquier causa fortuita, salvo pacto en contrario.

Art. 1576. Tampoco tiene el arrendatario derecho á rebaja de la renta cuando los frutos se han perdido después de estar separados de su raíz ó tronco.

Se comprende perfectamente el precepto de este artículo, pues cualquiera que fuere la rebaja á que se refiere el anterior por casos extraordinarios, se entiende de frutos pendientes ó que no hubiesen sido recolectados; pero desde el momento en que los frutos se han perdido después de estar separados de su raiz ó tronco ya pueden considerarse como percibidos para los efectos del caso, y por ello no es posible que el dueño de la finca arrendada pierda parte alguna de su arrendamiento por culpa quizá del arrendatario, por otra causa cuyas consecuencias no han de imputarse al arrendador; así como tampoco puede el arrendatario pedir rebaja del precio cuando al hacerse el arriendo existia la causa del daño y él la conocia.

Precedentes encontramos en la ley 15.ª, párrafos 2.º y 5.º, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto; y el art. 1510 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo, ocupándose también de la aparceria.

Concuerda con el art. 1771 del Código de Francia en su primera parte, 1619 del de Italia en su primer período, 1771 del de Bélgica, 1941 del de Veracruz-Llave, 1690 del de Holanda, 1695 del de Guatemala, 1.ª parte del art. 1778 del del Uruguay, 1690 del de Portugal, 1557 del de la República Argentina, 1769 del de Bolivia, 1258 del de Vaud, 1983 del de Chile y otros; siendo idénticos entre sí los preceptos que sobre este particular dictan los Códigos francés, belga, holondés é italiano.

Art. 1577. El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arren-

Digitized by Google

dada diere en un año ó pueda dar por una vez, aunque pasen dos ó más años por obtenerlos.

El de tierras labrantías, divididas en dos ó más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas.

Al tratar de los arts. 1566, 1569 y 1570 de este mismo Código nos hemos ocupado del que ahora se presenta á nuestro estudio, que nada tiene de particular, pues encuentra una prescripción de buen sentido y que hace innecesario todo comentario. Y decimos que esto es de pura sindéresis, porque si el objeto del contrato de arriendo es el uso y disfrute de la cosa arrendada mal podria disfrutarse de éstas, si no se le posesionaba al arrendatario cuando menos por el tiempo necesario para la recolección de los frutos que la misma pudiera dar por una vez cuando menos, empléese en esto un año, dos ó más; ¡como si en tierras labrantías divididas en dos ó más hojas no se entendiese el arriendo por tantos años cuantas fuesen las hojas indicadas!

Precedentes encontramos en la la ley 20, tít. 8.°, Part. 5.ª, y el art. 1512 del Proyecto de 1851, propuso preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1774 del Código de Francia, 1622 del de Italia, 1774 del de Bélgica, 1261 del de Vaud, 2677 del de la Luisiana, 1633 del de Holanda, 1692 del de Guatemala, 1747 del del Uruguay, 1985 del de Chile, 1506 del de la República Argentina, 3137 y 3165 del de México, 3004 y 3028 del de la Baja California, 3117 y 3165 del de Campeche, 1943 del de Veracruz-Llave, y otros, debiendo hacer presente que en los Códigos de México y Campeche se preceptúa, que si el predio fuese rústico, no podrá ser despedido el arrendatario antes de que termine el año labrador ó agrícola, pendiente al tiempo del remate ó adjudicación; y se llama allí año labrador el espacio de tiempo necesario, según las circunstancias del terreno y las condiciones de la siembra, para cosechar los frutos, ya sea ese tiempo menor, ya sea mayor que el año civil: mientras el argentino y otros previenen, que si se arrendó una heredad cuyos frutos se recojan cada año y no estuviese determinado el tiempo en el contrato, se reputará hecho por un año; pero cuando el arrendamiento sea de una heredad, cuyos frutos no se recojan sinó después de algunos años, el arrendamiento se juzga hecho por todo el tiempo que sea necesario para que el arrendatario pueda percibir frutos, pues evidente es que si se arrienda un estanque en el que no hay costumbre de pescar más que cada tres años, el arrendamiento, cuando no se haya expresado término, se entenderá hecho por tres años cuando menos; y si se arrienda un bosque para el aprovechamiento forestal, dividiendo los cortes por años, haciéndose un corte cada año, se conceptúa, sino se hubiera estipulado plazo, que el arriendo se hizo por tantos años cuantos sean los cortes necesarios para disfrutar de la riqueza forestal de todo el bosque una sola vez.

Digitized by Google

Art. 1578. El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente; y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al colono saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, todo con arreglo á la costumbre del pueblo.

El precepto que acaba de consignarse es indispensable para que los intereses del colono entrante y del saliente no se perjudiquen, y el mismo propietario de la finca, como aquéllos está interesado en que no se pongan trabas al cultivo ni por un solo momento, llegando á ser esta una verdadera cuestión de interés público; en lo que además se ve la reciprocidad y la compensación entre las obligaciones del colono saliente y del entrante según antes hemos indicado.

El art. 1515 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo, y concuerda con los arts. 1777 del Código de Francia, 1625 del de Italia, 1777 del de Bélgica, 1635 del de Holanda, 1790 del del Uruguay, 3128 del de México, 2996 del de la Baja California, 3128 del de Campeche y 1946 del de Veracruz-Llave; todos los cuales son cuasi idénticos al que nos ocupa, é iguales entre sí los de Francia, Bélgica y Holanda.

Art. 1579. El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría ó establecimientos fabriles é industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.

Ya indicamos algo anteriormente de las diferencias entre la aparcería y el arrendamiento, y al presente conviene expresar que la aparcería es un contrato por el cual el propietario de una finca rústica la cede á otro por una parte proporcional de frutos durante un tiempo determinado; de manera que realmente, más bien que arrendamiento, es un verdadero contrato de sociedad.

Mas no todos están conformes en considerarlo así, pues unos fluctúan en llamarle contrato de arrendamiento ante las razones que otros exponen para conceptuarle como verdadera sociedad, toda vez que los que consideran tal contrato de aparcería como sociedad, se fundan en que el dueño de la finca pone un capital que es la tierra y el colono pone su capital industria y muchas veces su capital numerario, pues tal capital supone la compra de semillas, la de estiércoles y abonos y el metálico que emplea en los instrumentos necesarios de labranza, y como estas dos personas constituidas en socios en virtud de un

Digitized by Google

contrato en que no hay precio cierto y determinado como en el arrendamiento, se reparten las ganancias obtenidas en la proporción que convinieron, tiene más el carácter de sociedad que de otro contrato, puesto que ambos aportaron para el mismo fin capitales más ó menos cuantiosos y más ó menos determinados y se sujetan proporcionalmente á las ganancias ó pérdidas que de su administración resultasen.

Hemos de prescindir por completo de las diferentes controversias suscitadas entre eminentes tratadistas de las elevadas ideas sustentadas, entre otros por el célebre Laurent, y de lo que sobre esta misma tésis se ha expuesto en los diferentes fueros de los paises regionales de esta peninsula, toda vez que aquellas discusiones y estas distintas teorias caen por tierra ante la claridad del precepto que comentamos, en el cual como en los de los Códigos de Veracruz-Llave, México, Baja California, Campeche y otros, todos se refieren al contrato de sociedad al tratar de prefijar las reglas porque ha de regirse la aparceria.

El Código de Veracruz-Llave, en su art. 1447, previene que el arrendamiento por aparceria de tierras de labor, ganados de cria, ó establecimientos fabriles ó industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, por las estipulaciones de las partes, y en su defecto por las costumbres locales. Iguales preceptos encontramos en los arts. 3133 del Código de México, 3001 del de la Baja California, y 3133 del de Campeche.

El Código de Italia, después de tratar del arrendamiento del trabajo, dedica el capitulo 4.° á la aparceria, empezando en su art. 1647 por describir las funciones del colono aparcero y definir el contrato especial de aparceria ó de colonia; determinando que son comunes á este contrato las reglas establecidas en general para los arrendamientos de cosas y particularmente de los predios rústicos, con las modificaciones que luego se consignan en los diez y siete articulos siguientes.

En cambio los Códigos de Francia y Bélgica, al tratar del arrendamiento de ganados es donde dedican especialmente cuatro articulos á tratar del ganado que se da al colono aparcero. Pero sea de esto lo que quiera, no es del caso hoy en unos comentarios como éstos entretenernos en consignar las diferentes tésis que sobre tal materia se han sostenido, sino que debemos atenernos al precepto de la ley constituida y según ésta sujetarnos á las reglas de la sociedad para cuanto concierna al arrendamiento por aparceria de tierras de labor, ganados de cria y establecimienios industriales.

Digitized by Google

SECCIÓN CUARTA.

DISPOSICIONES ESPECIALES PARA EL ARRENDAMIENTO DE PREDIOS URBANOS.

Art. 1580. En defecto de pacto especial, se estará á la costumbre del pueblo para las reparaciones de los predios urbanos que deban ser de cuenta del propietario. En caso de duda se entenderán de cargo de éste.

Así como anteriormente dijimos que la importancia de los arrendamientos rústicos exigia que nuestro Código dedicase una sección á disposiciones especiales para los mismos, ahora no reconociendo ménos importancia al arrendamiento de predios urbanos aunque quizás en éstos no se presenten casos tan especiales como en aquéllos, nuestro Código ha debido dedicar como dedica esta sección á las disposiciones especiales, porque los predios urbanos deben regirse; y empezando en el art. 1580, por las reparaciones de tales predios preceptúa que para ellas debe tenerse en cuenta ante todo, el pacto especial del contrato, y no habiéndolo, como siempre en caso de duda, deberán ser tales reparaciones de cuenta del propietario; lo cual se comprende perfectamente, porque si una de las primeras obligaciones del arrendador es entregar la cosa al arrendatario en condiciones tales que pueda disfrutar de la misma, ó que pueda dedicarla al uso para que la arrendó, dicho se está que si el arrendador no hace las reparaciones necesarias para la subsistencia libre y ordinaria, y uso de la cosa arrendada, desaparece una de las condiciones esenciales del contracto, y por consiguiente no podria conseguirse su objeto.

Precedentes encontramos en las leyes 15, párrafo 1.°; 25, párrafos 2.° y 3.°, tít. 2.°, lib. 19 del Digesto; y el art. 1517 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1754 del Código de Francia, 1604 del de Italia, 1754 del de Bélgica, y 1619 del de Holanda, que siendo idénticos entre sí, determinan las obligaciones que el inquilino tiene de costear ciertos reparos locales ó de simple conservación, cuando sean de poca importancia, consignando taxativamente cada uno de esos reparos, si bien no serán de cuenta del inquilino cuando sean hijos de la vejez de la cosa arrendada ó de la fuerza mayor, según prescribe el artículo siguiente de, cada uno de los respectivos Códigos citados, previniéndose en otros artículos de los referidos Códigos, que la limpieza de los pozos y escusados será de cuenta del propietario; en la mayor parte de cuyos preceptos están conformes los arts. 1970 al 1972 del Código de Chile, 1780 y 1781 del del Uruguay, 2685 del de la Luisiana, 1246 del

Digitized by Google

de Vaud y otros; siendo enteramente igual al nuestro el art. 1948 del de Veracruz-Llave.

Art. 1581. Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario.

En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término.

Nada tenemos que decir respecto de este artículo, por cuanto al comentar los arts. 1566 y 1570 dijimos cuanto podia decirse, y aun que parece contraria la doctrina establecida respecto de los predios rústicos con la que este artículo sustenta, no lo es si se tiene en consideración que los predios rústicos producen sus frutos en épocas determinadas, mientras que en los arrendamientos de predios urbanos los frutos son diarios, y por ella se deduce la voluntad de los contratantes en cuanto al tiempo que han debido durar dichos arriendos de la fijación que se dió al alquiler, pues si el precio del arrendamiento es de quinientas pesetas trimestrales, es evidente que aun cuando no se haya fijado de un modo muy expreso el plazo de duración de dicho contrato, ha de deducirse necesariamente que la voluntad de las partes quiso obligarse por periodos de tres meses, y que la duración del arrendamiento será idéntica á la duración que se deduce de aquel alquiler, cumplido cuyo término, sin necesidad de requerimiento especial, cesa el arrendamiento sin perjuicio de las tácitas renovaciones que por el asentimiento de dichas partes se vienen sucediendo á medida que por el arrendador se va cobrando el alquiler, y por el arrendatario se continúa disfrutando de la cosa arrendada.

Precedentes se encuentran en las leyes 13, párrafo 11, tit. 2.°, lib. 19 del Digesto; 18, tit. 8.°, Part. 5.ª, derogada ésta por la ley 3.ª, tit. 10, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y puesta de nuevo en vigor por el art. 5.° del Real Decreto de Cortes de 1813, restablecido por el de 8 Septiembre de 1836.

El Proyecto de 1851, en su art. 1520, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1758 del Código de Francia, cuya doctrina se sustentó en diferentes sentencias, entre ellas la de 6 Noviembre de 1860; el 1608 del de Italia, 1758 del de Bélgica, 1622 del de Holanda, 1623 del de Portugal, 1507 del de la República Argentina, 1681 del de Guatemala, 1747 del del Uruguay, 3177 y 3178 del de México, 3037 y 3038 del de la Baja California, 3177 y 3178 del de Campeche, 1951 y 1961 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1582. Cuando el arrendador de una casa, ó de parte de ella, destinada á la habitación de una familia, ó de una tienda, ó

Digitized by Google

almacén, ó establecimiento industrial, arrienda también los muebles, el arrendamiento de éstos se entenderá por el tiempo que dure el de la finca arrendada.

El precepto que acaba de consignarse es de buen sentido y se comprende perfectamente con solo tener en cuenta el principio jurídico de que lo accesorio sigue á lo principal; la mayor parte de los Códigos modernos están conformes con esta teoría, tanto es así, que los arts. 1954 del Código de Veracruz-Llave, 1757 del de Francia, 1607 del de Italia, 1757 del de Bélgica, y 1623 del de Holanda manifiestan esencialmente lo mismo que el nuestro, pues consideran que no existe mas que un solo contrato que envuelve en sí el de los muebles en el inmueble arrendado; viéndose también análogos preceptos en los arts. 2655 del de la Luisiana, 1250 del de Vaud, 1974 del de Chile, 3183 del de México, 3043 del de la Baja California, 3183 del de Campeche, y otros varios.

CAPÍTULO III.

Del arrendamiento de obras y servicios.

SECCIÓN PRIMERA.

DEL SERVICIO DE CRIADOS Y TRABAJADORES ASALARIADOS.

Art. 1583. Puede contratarse esta clase de servicio sin tiempo fijo, por cierto tiempo, ó para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.

Separadamente de los demás arrendamientos debe tratarse y se trata en este Código del arrendamiento de servicios de los trabajadores y criados, porque realmente dentro del arrendamiento, especialísimo es este contrato; y por mas que sea extremadamente común en la vida social, no se le ha dado toda la importancia que en sí mismo tiene, bien merece ser tratado con toda fijeza y aclarar sobre esto cuantos conceptos puedan suscitar dudas y pleitos.

Puede, según nuestro Código, contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo ó por una obra determinada; y al prescribirse esto contra lo que anteriormente se había previsto en varios Códigos, y contra lo que se propuso en el art. 1524 del Proyecto de 1851, es que el legislador ha comprendido la naturaleza extremadamente ambulatoria de este contrato que puede na-

Digitized by Google

cer con la fijeza y estabilidad de una vida tranquila y normal, de la misma manera que es posible deba su origen á los actos más indispensables de la vida, pero que por cuestiones de momento, sin que sea fácil en ellos determinar el tiempo de su duración (como se pretendia en el citado Proyecto, como se exigió también en el art. 1780 del Código de Francia y confirmada quedó tal doctrina en varias sentencias del Tribunal de casación de aquel pais), es ya solo aplicable á los criados ó personas del servicio.

Efectivamente, el arrendamiento del trabajo personal es especialísimo, y aunque nadie pueda obligar el suyo propio al servicio de otro sino por un tiempo y para una empresa determinada, esta determinación no es fácil prefijarla siempre por accidentes que no dependan ni del arrendador ni del arrendatario de servicios.

Comunmente en la vida práctica no se le denomina arrendamiento sino alquiler, logamiento, concierto, ajuste y asiento; acostumbrándose á llamar al arrendador empresario ó contratista, y al arrendatario mozo, criado, sirviente ó jornalero y dándose también otros nombres según la clase de servicios como el de asentista al que da ó contrata con el gobierno para ciertas provisiones, fletador al que arrienda un buque, etc., etc.

Concordancias vemos en los arts. 1780 del Código de Francia, 1628 del de Italia, 1967 del de Veracruz-Llave, 1780 del de Bélgica, 1637 del de Holanda, 1265 del de Vaud, 1988 del de Chile, 2117 del de la Luisiana, 1802 del Sardo 1626 del de Nápoles, 1371 y 1372 del de Portugal, 1754 del de Guatemala, 1797 del del Uruguay, y otros.

Art. 1584. El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, ó de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de espirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más.

El amo será creido salvo prueba en contrario:

1.° Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico.

2.° Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.

Contiene este articulo varios preceptos que objeto han sido de discusión y que anteriormente ya nuestras antiguas disposiciones legales preveyeron hasta cierto punto; pero no es exacto que la Novísima Recopilación de Castilla en su ley 2.ª, tit. 20, lib. 5.°, se ocupe de esto, pues en tal ley, citada por algunos tratadistas, se determina lo procedente con respecto á los Chancilleres, y solo en la ley 2.ª, tit. 20, lib. 5.° de la Novísima Recopilación Navarra es donde se

Digitized by Google

preceptúa que los criados que dejan el servicio antes del tiempo porque se ajustaron, pierden lo servido y deben pagar lo comido; viéndose también tratado este asunto en la legislación aragonesa y en la catalana, de la que nos ocuparemos detenidamente al tratar de esta materia ante el derecho foral.

Algo se comenta también sobre ésto en las leyes de Partida, aun que no hay en ellas una determinación tan exacta como la que vemos en el artículo que comentamos.

El art. 1624 del Código de la República Argentina, preceptúa que el servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchavaren para el servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales ó policiales de cada pueblo; que serán también juzgadas por las disposiciones especiales las relaciones entre los artesanos y aprendices, y las entre los maestros y discípulos; y que el servicio de los empresarios de transportes tanto terrestres como marítimos, tanto de personas como de cosas, sometidos están á las leyes del Código de Comercio, y á las del Código civil respecto de la responsabilidad de las cosas que se les entregan: mas los arts. 1638 y 1639 del Código de Holanda, previenen que el amo será creido por su palabra, bajo juramento cuando surja cuestión respecto dé la cuota de soldada, del pago de salario del año vencido, de las cantidades dadas á cuenta para el año corriente, y de la duración del compromiso: no pudiendo dejar de prestar los servicios ni ser despedidos sin causa justa hasta que expire el término convenido, los criados y demás personas asalariadas por el tiempo determinado; pues si abandonaren el servicio sin justa causa, perderán el salario que hubieren ganado, si bien el amo podrá despedirles antes del término convenido y aun sin motivo, pero quedando en este caso obligado á pagarles, además del salario que les debe, una indemnización de seis semanas de salario á partir del dia de la despedida cuando el plazo es mayor, pero si el compromiso fuese por plazo menor de las seis semanas, se les abonará todo el salario convenido.

El art. 1781 del Código de Bélgica, prescribia que el dueño es creido por su palabra, en la cantidad de los salarios, en el pago de éstos, en el año vencido y en lo que haya dado á cuenta para el año corriente; con lo cual estaba conforme el art. 1781 del Código de Francia, derogado por la ley de 8 Agosto de 1863 de aquel país; encontrándose tambien análogos preceptos en los arts. 1755 al 1757 del Código de Guatemala, 1798 del del Uruguay, 1989 y 1995 del de Chile, 2718 del de la Luisiana, 2558 al 2561 del de México, 2441 al 2445 del de la Baja California y 2558 al 2561 del de Campeche.

Art. 1585. Además de lo prescrito en los artículos anteriores, se observará acerca de los amos y sirvientes lo que determinen las leyes y reglamentos especiales.

Digitized by Google

Este precepto se ve consignado en muchos Códigos extranjeros, donde el servicio de los criados se reglamenta de modo especial, sin que se consideren de lleno dentro del verdadero contrato de arrendamiento; así se ve en los arts. 1968 del Código de Veracrez-Llave, 1899 del del Uruguay, 2718 del de la Luisiana, 1169 del de Austria, 1266 del de Vaud, 1802 del Sardo, 1624 del de la República Argentina, 2576 del de México, 2457 del de la Baja California y 2576 del de Campeche.

Art. 1586. Los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa.

Este artículo no sólo es favorable al arrendador de servicios, sino á los criados y demás trabajadores, pues si antes de terminarse la obra para que se contrataron, pudieran libremente retirarse de los trabajos, ó el amo tuviese facultad para despedirlos sin justa causa, unos y otros se perjudicarian en sus intereses.

Parecido precepto se ve en el art. 2719 del Código de la Luisiana, y en el 1800 del del Uruguay, estando conformes todos ellos con lo que propuso el artículo 1528 del Proyecto de 1851.

Art. 1587. La despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados, á que se refieren los artículos anteriores, da derecho á desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo.

Si la despedida de los trabajadores asalariados se efectúa en las condiciones expuestas en los artículos anteriores, la consecuencia lógica es que se les desposea de las herramientas y edificios que ocuparon por razón de su cargo ó trabajo, pues desde el momento de la despedida, desde que no sirven al objeto para que se les contrató, no tiene razón de ser que esos criados, menestrales-artesanos y demás trabajadores asalariados, continuen, cuando ya no lo son, en las mismas condiciones que cuando lo eran.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LAS OBRAS POR AJUSTE Ó PRECIO ALZADO.

Art. 1588. Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo ó su industria, ó que también suministre el material.

Digitized by Google

En esta sección 2.ª, ya no se trata precisamente de un arriendo comun y ordinario, sino de las obras por ajuste, ó á precio alzado, que pueden tener en efecto un doble carácter de arrendamiento y de compra venta, según predomine la prestación del servicio, ó la venta de materiales; pero como generalmente van unidos el servicio y el adelanto de materiales, de aquí el qué se traten especialmente, ya con el nombre de contratas, ya con el de ajuste de obras.

El primer artículo de esta sección ó sea el 1588, previene lo que todos sabemos, una regla general de esas de buen sentido, de esas que, por la costumbre introducidas, no pueden ser borradas por ninguna ley positiva, porque á ningún principio jurídico se oponen.

Es indudable que puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo ó su industria, ó suministrando también materiales; lo dice el común sentir, lo dice la razón natural, lo han dicho las leyes antiguas y modernas.

Precedentes encontramos en el párrafo 4.º, tit. 21, lib. 3.º de las Instituciones; ley 20, tit. 1.º, lib. 18 del Digesto; leyes 13, párrafo 5.º; y 30.ª, párrafo 3.º, título 2.º, lib. 19 del mismo Digesto; 10.ª y 16.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª, y el art. 1529 del Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 1787 del Código de Francia, 1634 del de Italia, 1787 del de Bélgica, 1640 del de Holanda, 1765 del de Guatemala, 1158 del de Austria, 1272 del de Vaud, 2727 del de la Luisiana, 1810 del Sardo, 2053 del de Colombia, 1633 del de Nápoles, 1629 del de la República Argentina, 1801 del del Uruguay, 1996 del de Chile, 1396 del de Portugal, 2588 del de México, 2469 del de la Baja California, 2588 del de Campeche, siendo idénticos entre sí estos tres últimos; 1970 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1589. Si el que contrató la obra se obligó á poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla.

El precepto que acaba de consignarse es una deducción lógica de los principios anteriormente establecidos, puesto que el contratista de obras que adelanta los materiales no deja de ser dueño de éstos hasta tanto que hace la entrega formal de la obra, y como las cosas perecen para su dueño, de aquí el que él es quien indudablemente debe sufrir la pérdida de la cosa que constituye el material en caso de destruirse antes de la expresada entrega, á no ser que hubiese morosidad en recibirla, pues es natural que si el que encargó la obra fuese culpable de no recibirla á tiempo, ya no puede sufrir aquellas pérdidas el que la contrató.

Digitized by Google

La pérdida de la materia, como hemos dicho antes, recae sobre su dueño; por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, perecer debe para éste, sin que en tal caso sea responsable el artífice más que cuando la cosa perece por su culpa ó por culpa de las personas que le sirven, pero si son de cuenta del contratista los materiales, perecen para éste mientras no haga entrega formal de la obra, y hasta debe responder de los vicios de construcción por un número de años subsiguientes á su entrega.

Precedentes encontramos en las leyes 13, párrafos 5.° y 6.°; 37, 59 y 62, tít. 2.°, lib. 19 del Digesto; 10 y 16, tít. 8.°, Part. 5.ª; y el art. 1530 del Proyecto de 1851 propuso un precepto en su primer apartado análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 1462 y 1463 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1788 del Código de Francia, 1635 del de Italia, 1788 del de Bélgica, 1641 del de Holanda, 1397 del de Portugal, 1766 del de Guatemala, 1803 del del Uruguay, 2000 del de Chile, 1630, 1633 y 1645 del de la República Argentina, 2728 del de la Luisiana, 1273 del de Vaud, 2053 del de Colombia, 1971 del de Veracruz-Llave, 2599 del de México, 2980 del de la Baja California, 2599 del de Campeche, y otros; en todos los que se sostiene la tésis de que el que se ha obligado á poner su trabajo ó industria, no puede reclamar ningún estipendio, si se destruye la obra por caso fortuito antes de haber sido entregada, á no ser que haya habido morosidad para recibirla, ó que la destrucción proceda de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido esta circunstancia oportunamente al dueño; y si el material no era apropósito para el empleo á que le destinaban, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, si la obra resulta mala ó se destruye por esa causa. Tanto es así que si se encargase una estátua poniendo el escultor el mármol, si la obra se destruye por la mala calidad del material empleado, no puede exigir cantidad alguna al que la encargó, pues todo constructor ó empresario que se obliga á suministrar los materiales, carga con los riesgos de la obra por su cuenta hasta el acto de la entrega, á no ser que hubiese morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla, ó convenio expreso en contrario.

Art. 1590. El que se ha obligado á poner sólo su trabajo ó industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, á no ser que haya habido morosidad para recibirla, ó que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.

Al ocuparse este precepto del caso en que el encargado de la obra no se haya obligado á poner más que su trabajo, conténtase nuestro Código con ne-

Digitized by Google

garle la facultad de reclamar estipendio alguno si se destruyere la obra antes de ser entregada. Pero nada dice de para quien perecen los materiales, debiendo ocuparse de esto seguramente para evitar pleitos; pues si bien es cierto que las cosas perecen para su dueño, en el caso que nos ocupa pudiera suceder perfectamente que por culpa del constructor ó empresario de los trabajos puramente, se destruyesen valiosos materiales, que no debe perder el propietario que contrató la obra; asi como si el material no era apropósito para el empleo á que se le destinó, solo debe ser responsable del daño, si no lo advirtió oportunamente al propietario, cuando la obra se destruya por tal causa; más si lo advirtiera solo el dueño debe ser responsable de toda destrucción, pues es de suponer que el destajista debe conocer mejor que el propietario la calidad de los materiales y por ello cae en falta, si no le advierte cuando son malos.

Precedentes encontramos en la ley 17, tit. 8.°, Part. 5.ª; y el art. 1531 del Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos.

Vemos concordancias en los arts. 1790 del Código de Francia, 1637 del de Italia, 1790 del de Bélgica, 1643 del de Holanda. 1157 del de Austria, 1813 del de Nápoles, 2730 del de la Luisiana, 1275 del de Vaud, 1766 al 1768 del de Guatemala, 1802 del del Uruguay, 1973 del de Veracruz-Llave, 1824 del de Bolivia, 1630 del de la República Argentina, 2600 y 2602 del de México, 2481 al 2483 del de la Baja California y 2600 y 2602 del de Campeche, y otros; conviniendo todos en que si se perdiese la cosa sin culpa del constructor antes de que la obra se haya entregado, y no estando el comitente en mora para recibirla, no tendrá el artífice ú obrero derecho á exigir el pago, á no ser que la cosa pereciese por vicio de la materia, que es lo que principalmente sostiene el Código de Italia; mientras que los de México, Baja California y Campeche, determinan que si el empresario se obliga únicamente á poner su trabajo ó industria, todo el riesgo será del dueño, á no ser que haya habido culpa, impericia ó mora del primero, presumiéndose que la pérdida proviene de culpa del empresario cuando se verifica estando aun la cosa en su poder, y lo que se destruye es su propia obra; siendo asimismo de cuenta del empresario la pérdida que dependa de la mala calidad de los materiales, sino previno oportunamente al dueño del riesgo á que por esa causa quedaba expuesta la obra.

Art. 1591. El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina á vicio del suelo ó de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista á las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

Digitized by Google

Ya dijimos algo antes sobre esto; pero es de buen sentido que la responsabilidad del constructor, del contratista ó del arquitecto, concluya con la entrega de la obra; y por ello adelantamos esta idea al comentar el art. 1589. Para nosotros no solo debe hacerse la entrega de la obra encargada con la mayor formalidad y mediante reconocimiento pericial, sino que los constructores de una obra deben responder por un plazo más ó menos largo de los daños y perjuicios que originarse puedan por la ruina ó destrucción involuntaria ocasionada en los 10 primeros años desde la entrega ó desde que concluyó la construcción.

Que ese plazo sea el de 10 años como lo fija nuestro Código y como lo fijaron los Códigos de Francia, Italia, Bélgica, Veracruz-Llave, Uruguay, México, Baja California, Campeche, Chile, Luisiana (para las casas de ladrillo), Nápoles, etc. etc.; ya dejen de fijar término como el art. 1646 del Código de la República Argentina; ya lo señalen por término de 5 años como Portugal, Guatemala y la Luisiana (ésta para las casas de madera); ya como el de Prusia que lo fija en 3 años cuando la ruina dependa del constructor, y 30 si fué producida por vicio de los materiales; es lo de menos, pues tales plazos dependen del país mismo, del terreno de construcción, etc., etc.; y no puede darse por ello una medida igual para todos: la cuestión es que se dé alguna garantía, que haya un plazo de observación, pues con esto tiene bastante el propietario para oponer los reparos necesarios y para entablar la acción correspondiente de indemnización, para lo cual nuestro Código marca un plazo de 15 años.

Precedentes encontramos en la ley 62, tit. 2.°, lib. 19 del Digesto, y el artículo 1532 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo; observándose que en las leyes del Digesto, en las 8.ª, tit. 12, lib. 8.° del Código Justinianeo, y 21, tit. 32, Part. 3.ª, se fijaba el plazo de 15 años con relación á las obras públicas, haciéndose extensivo á las privadas por la práctica de las teorías sustentadas sobre este particular por la mayoría de los tratadistas que interpretaron aquellas disposiciones, principalmente las de Partida.

Concordancias vemos en los arts. 1792 del Código de Francia, 1639 del de Italia, 1792 del de Bélgica, 1645 del de Holanda, 966 del de Prusia, 2733 del de la Luisiana, 1277 del de Vaud, 1768 del de Guatemala, 1805 del del Uruguay, número 3 ° del 2003 del de Chile, 1399 del de Portugal, 1974 del de Veracruz-Llave, 2604 del de México, 2485 del de la Baja California, 2604 del de Campeche, y otros.

Art. 1592. El que se obliga á hacer una obra por piezas ó por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha.

Digitized by Google

Casi igual precepto encontramos en los Códigos de Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Veracruz-Llave y otros. Si una pared se contrata á tanto el metro, puede el empresario, destajista ó contratista, entregar su obra por partes que proporcionalmente se le pagan según esas fracciones ó piezas vayan siendo aprobadas y recibidas por el propietario.

Precedentes encontramos en la ley 36.ª, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto; y el artículo 1533 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo al nuestro, que alguna relación tiene, en cuanto á las presunciones legales, con los arts. 1250 y 1251 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1791 del Código de Francia, 1638 del de Italia, 1791 del de Bélgica, 1644 del de Holanda, 1276 del de Vaud, 2752 del de la Luisiana, 1814 del Sardo, 1637 del de Nápoles, 1807 del del Uruguay, 1639 del del la República Argentina, 1975 del de Veracruz-Llave, 2606 y 2607 del de México, 2487 y 2488 del de la Baja California, 2606 y 2607 del de Campeche, y otros. Conviniendo todos en que cuando se trata de un trabajo de varias piezas ó á la medida, la entrega podrá hacerse en diversas partidas, y se presumirá hecha de todas las partes satisfechas, si el comitente pagase al constructor en proporción del trabajo realizado; pues la parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño, cuando se expresa que el pago se aplica á la parte ya entregada.

Art. 1593. El arquitecto ó contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio ú otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales ó materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiere dado su autorización el propietario.

Se comprende perfectamente el precepto de este artículo, pues el aumento ó disminución del valor de los jornales ó de los materiales, no puede alterar en manera alguna el contrato efectuado entre un propietario y un contratista ó arquitecto, en virtud del que en cualquiera de estos últimos se encarga por un precio alzado de la construcción de un edificio ú otra obra cualquiera, atemperándose á un plano convenido; porque las convenciones han de ser fielmente ejecutadas, según se determina por la voluntad de las partes al contratar, pues precisamente en esa confluencia de voliciones sobre un objeto dado es en lo estriba el contrato, y por esto mismo el empresario que se compromete á realizar una obra por un tanto alzado con sujeción á un plano, carga con todos los trabajos que hayan de hacerse y con todos los gastos previstos ó imprevistos necesarios para el cumplimiento del contrato: pero si antes de la entrega

Digitized by Google

de la obra se hiciera algún cambio en el plano, bien por indicación del propietario, bien por iniciativa del empresario, pero aprobándola el dueño que la encargó, cambia ya el aspecto del asunto, porque realmente entonces hay una verdadera novación de contrato debido al asentimiento de las partes en la modificación de sus respectivas voliciones; y esta es la razón de los dos preceptos que entraña el artículo que nos ocupa; pues en la primera parte exige del empresario el fiel cumplimiento del contrato sin derecho á pedir mayor precio del convenido; y en la segunda parte se sienta la excepción que producir debe la reforma del plano hecha con autorización del propietario.

El Proyecto de 1851 en su art. 1534 propuso preceptos análogos; y, relacionándose con disposiciones varias dadas relativamente á la contratación de obras públicas, concuerda con los arts. 1793 del Código de Francia, 1640 del de Italia, 1793 del de Bélgica, 1646 del de Holanda, 1806 del del Uruguay, 1633 del de la República Argentina, 2734 del de la Luisiana, 1278 del de Vaud, 2611 y 2612 del de México, 2492 y 2193 del de la Baja California, 2611 y 2612 del de Campeche y 1976 del de Veracruz-Llave: y aunque algunos Códigos salvaban la cuestión de enriquecerse el propietario en perjuicio del empresario, como el arquitecto ó contratista al hacer tal contrato se presume que teniendo en cuenta el aumento ó disminución del precio de jornales y de materiales, si hubiera tenido una pingüe ganancia en la contrata, no hubiera abonado de seguro al propietario cantidad alguna por efecto de una proporcional disminución del precio, de aquí el que nuestro Código haya rechazado la tésis sustentada por el de Veracruz-Llave para el caso de enriquecerse el propietario en perjuicio del empresario, y adoptando las teorías establecidas en la mayoría de los Códigos, y muy principalmente los de Italia, Francia. Bélgica, Holanda, México, Baja California y Campeche, ha resuelto que rigurosamente no haya aumento en el precio de la obra concertada, bajo pretesto de aumento de jornales ó de materiales, y que solo en el caso de cambio de planos con consentimiento ó autorización del propietario podrá estipularse entre aquellos contrayentes un cambio de precio, determinando así la novación del contrato á que antes nos hemos referido.

Art. 1594. El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.

El precepto que acaba de exponerse está basado en los principios de justicia y equidad más estrictos; pues si justo es que el dueño de una finca pueda desistir de las obras en la misma emprendidas por satisfacer con su desestimiento una conveniencia ó un capricho, no es menos justo que al contratista

Digitized by Google

se le indemnice de todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener en la referida obra; y aquí se ve la compensación que el legislador establece con suma sabiduría entre el precepto del artículo anterior y el que al presente nos ocupa, bajo la más fiel observancia de los principios de reciprocidad de derechos y obligaciones que deben informar en todo contrato y que hacen desaparecer las sutilezas que algunos pudieran oponer bajo el supuesto de otro principio de derecho también indicado, el del enriquecimiento de un contratante en perjuicio del otro, pues en los contratos, despues de la ley del Ordenamiento de Alcalá, teniendo lugar entre personas capaces y libres, el consentimiento que no parte de un error ó de un engaño, es la base esencial y genérica de la relación jurídica que se crea ó establece, sin que pueda menos de respetarse cuanto en utilidad de uno de los contratantes se hiciere y dedujese de los mismos contratos, siempre repetimos que esa voluntad que al consentimiento conduce á ambos contratantes sea expontánea y libre y nazca de personas capaces para contratar.

El Proyecto de 1851, en su art. 1535, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los art. 1794 del Código de Francia, 1641 del de Italia, 1794 del de Bélgica, 1770 del de Guatemala, 1808 del del Uruguay, 1647 del de Holanda, 1402 del de Portugal, 2617 del de México, 2498 del de la Baja California, 2617 del de Campeche, 1638 del de la República Argentina, 1640 del de Nápoles, 1279 del de Vaud, 2736 del de la Luisiana, 1817 del Sardo y 1977 del de Veracruz-Llave.

Art. 1595. Cuando se ha encargado cierta obra á una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona.

En este caso el propietario debe abonar á los herederos del constructor, á proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio.

Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad.

Es de buen sentido que la muerte rescinda el contrato que se otorgó por razón de las condiciones personales de uno de los contratantes, pues desaparece la causa de la estipulación; así es que, si uno contrata una obra de arte con un artista notable por las cualidades que distinguen á dicho artista, como un cuadro á Pradilla, ó una escultura á otro famoso artista en su género, muertos éstos, el contrato quedará rescindido. Pero nuestro Código, en el aparte 2.° de este artículo, impone al comitente la obligación de abonar á los herederos

Digitized by Google

del constructor, proporcionalmente al precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que estos materiales reporten algún beneficio, porque no habiendo, como no hay, culpa de parte del obligado á la obra, seria injusto que el que la encargó se enriqueciera á expensas de los herederos del encargado; mas si ninguna utilidad reporta, de los materiales no podrá obligársele á tomarlos y pagarlos, porque tampoco el comitente es culpable, ni mucho menos responsable de la muerte del constructor.

Los mismos principios deben aplicarse al caso en que, no habiendo fallecido el que contrató la obra, por causas independientes de su voluntad le es imposible continuarla, *ad imposibile nemo tenetur.*

Precedentes encontramos en las leyes 31.ª, tit. 3.°, lib. 46 del Digesto; 12.ª, tit. 11, Part. 5.ª *Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis*, etc., etc.

El Proyecto de 1851, en su art. 1536, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1795 y 1796 del Código de Francia, 1642 y 1643 del de Italia, 1795 y 1796 del de Bélgica, 1648 del de Holanda, 1978 del de Veracruz-Llave, 2620 y 2621 del de México, 2503 y 2504 del de la Baja California, 2620 y 2621 del de Campeche; cuyos preceptos son enteramente iguales en su esencia al que de nuestro Código comentamos, y hasta tiene análoga redacción, siendo muy semejantes los arts. 1640 y 1642 del Código de la República Argentina, 2737 y 2738 del de la Luisiana, 1280 y 1281 del de Vaud, 1818 y 1819 del Sardo, 917 del Prusiano, 7 del Bábaro, 1841 y 1842 del de Nápoles, 1162 del de Austria, que es lo mismo en principio que el nuestro y el 1163 que extiende el precepto á los abogados, artistas y á cuantos estipulan honorarios; 1771 del de Guatemala, 1810 del del Uruguay, 2005 del de Chile, 1403 del de Portugal, 2062 del de Colombia, y otros; en casi todos los cuales se ve iniciada la idea de que en contraposición á lo que sucede con el artista, constructor ó encargado de la obra, por la muerte del comitente ó sea del que encargó la obra, no se resuelve el contrato.

Art. 1596. El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.

Este precepto no necesita comentario, pues es tan claro que no cabe sobre ello duda. Ya el Digesto en su lib. 19, tit. 2.°, párrafo 7.° de la ley 25 lo prevenía bien terminantemente *Periculum præstat si qua ipsius, eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit.*

Lo mismo enteramente preceptúan los art. 1631 del Código de la Republica Argentina, el 1644 del de Italia, 1797 del de Francia, 1649 del de Holanda, 2739 del de la Luisiana, 1282 del de Vaud, 1820 del Sardo, 1843 del de Nápoles, 1773

Digitized by Google

del de Guatemala, 1811 del del Uruguay, 1829 del de Bolivia, 2624 del de México, 2505 del de la Baja California, 2624 del de Campeche, 1979 del de Veracruz-Llave, y otros; cuya uniformidad revela la general necesidad sentida en todos los paises de que, de conformidad con el derecho natural, el contratista responda del trabajo ejecutado al que le encargó la obra, en todas sus partes, puesto que él es el único obligado á su cumplimiento por aquel contrato, siendo los demás que ocupe en la obra meros instrumentos para los efectos del contrato; sin que por esto quede el contratista privado de hacer cumplir á los demás con quienes contratase las obligaciones nacidas de sus estipulaciones subsiguientes, y por lo tanto *salva su acción contra esas personas* que le sirven, como dice el Código del Uruguay.

Art. 1597. Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude á aquél cuando se hace la reclamación.

Precepto es este que á primera vista pugna con los estrictos principios del derecho, que desnaturaliza el contrato y mezcla en él personas que no afluyeron con sus voluntades al consentimiento que entre el propietario y el contratista dió origen á la relación jurídica establecida tan solo entre los contratantes; y por más que algunos supongan que la equidad es bastante para desnaturalizar los principios estrictos de derecho, no somos nosotros de esa opinión que pugna con el buen sentir y que no es razonable sostener.

Yo contrato con un destajista las obras de una casa: yo no he contraído vínculo de derecho mas que con el destajista, y por lo tanto solo él cumplirá sus obligaciones, solo él me puede obligar al cumplimiento de las obligaciones que para con él contraje. Lo demás no es justo ni equitativo; pues el contrato no puede ir mas allá de donde el consentimiento de las partes nos condujo; lo contrario es destruir la base principal y esencialísima de la contratación. Y justo no puede ser lo que de las reglas del derecho se separa, mucho mas cuando esas reglas son tan claras, precisas y razonables como las que rigen los contratos.

Sabemos que la equidad no siempre está ceñida en absoluto á lo justo, porque precisamente nació en el corazón humano para atemperar los rigores de la justicia; pero no porque venga á la esfera de derecho á suavizar el rigorismo catónico, puede admitirse que venga á destruir el derecho, porque éste seria el mayor de los absurdos, porque lo justo, lo bueno y lo equitativo jamás pueden ni deben destruirse: su misión es más alta, se ayudan, cooperan á un fin social, se relacionan armónicamente para compensar las consecuencias de

Digitized by Google

los principios absolutos, se adunan para suplir la equidad lo que el derecho no puede prescribir, las dos dirigen sus corrientes á la perfección; la equidad y la justicia marchan hacia la bondad absoluta, pero no se repelen, ni pueden repelerse: eso es contrario á su propia naturaleza; y desde el momento en que tal sucediese; desde el instante en que se admita tan utópica como absurda idea, ni la justicia sería justicia, ni la equidad sería equidad, ni el derecho albergaría nada justo, ni cabría en cerebros medianamente organizados la idea de lo bueno ni de la perfección.

Nosotros creemos que este art. 1597 no está concluido; no expresa todo lo que el legislador quiso expresar, no se hizo en él más que copiar la síntesis de los arts. 1798 del Código de Francia, 1650 del de Holonda, 1798 del de Bélgica, y aun del 1645 del de Italia; pero quedó sin consignar lo principal, que es la cláusula *subsidiariamente ó en virtud de cesión tácita ó expresa del contratista;* pues de este modo quedan igualmente amparados los derechos del obrero, de los artífices que contribuyan con su trabajo á la construcción de la obra contratada, y no se conculcan los principios de derecho tan terminantemente expuestos al sentar las bases especiales de la contratación. Se comprende bien, que cuando el contratista no responda á sus obreros del jornal de su trabajo, no responda á los demás del precio de los materiales y de cuanto integra la obra contratada, dirijan su acción, no contra el propietario que nada les debe, sino contra la parte del precio que de la contrata queda sin entregar al destajista ó al obligado á la construcción; se comprende, que en tales casos se requiera al dueño para que retenga cualquier cantidad que tuviere que entregar al contratista con quien se obligó; y hasta que se deposite esa cantidad en establecimiento seguro, donde esos acreedores refaccionarios del contratista vean la garantía del cobro de sus jornales y de los materiales adelantados; pero no se llega á comprender que el artículo que comentamos quiera decir, lo que leído de una manera escueta, dice; lo que visto sin relacionar con otros preceptos parece quiere significar, lo que en manera alguna significa cuando se estudia con los ojos de una regular inteligencia.

Precedentes encontramos en la ley 17, tit. 8.°, Part. 5.ª; y el Proyecto de 1851, en su art. 1538, propuso un precepto idéntico.

Concuerda con los arts. 1798 del Código de Francia, 1645 del de Italia, 1798 del de Bélgica, 1650 del de Holanda, 2741 del de la Luisiana, 1283 del de Vaud, 1774 del de Guatemala, 1812 del del Uruguay, 1990 del de Veracruz-Llave, 1405 del de Portugal, 1645 del de la República Argentina, 2060 del de Colombia, regla 5.ª del art. 2003 del de Chile, 2823 del de México, 2504 del de la Baja California, 2823 del de Campeche, y otros. Siendo de notar, que casi todos los Códigos extranjeros están conformes con el nuestro, pues previenen, que los carpinteros, albañiles y demás operarios empleados en la construcción de un edificio, ó de otra obra dada á destajo, no tendrán acción contra el dueño de

Digitized by Google

los trabajos, sino hasta la concurrencia de la deuda que tengan respecto del contratista al tiempo en que se promovieran sus acciones, como dice el italiano; pero el de Chile, está perfectamente de acuerdo con las teorías por nosotros expuestas, pues establece, como la lógica razón dicta, que si los artífices ú obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta la concurrencia de lo que este deba al empresario. Esto es lo que quieren decir los demás sin expresarlo, y así debe entenderse el nuestro para no caer en el absurdo.

Art. 1598. Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer á satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, á falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente.

Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará á lo que éste decida.

No vaya á confundirse esto con el contrato condicional, ni vaya á suponerse contrario á lo establecido en los verdaderos y simples arriendos: cuando en la venta y en el arriendo se deja la fijación del precio al arbitrio de un tercero, el contrato es condicional; y faltando la condición cláudica el contrato: mas no sucede así en el contrato de obra que al presente nos ocupa, porque el arriendo es puro y perfecto; su precio cierto, y cierta también la obra que ha de hacerse con arreglo á lo pactado: la aprobación de tercero aquí no se dirige al cumplimiento de una condición, sino al complemento del contrato, y aunque nada se hubiera expresado sobre esto, es evidente que en caso de desacuerdo ó desavenencia había de acudirse al juicio pericial ó á la designación de un tercero, luego no es más que prever y anticiparse al caso. Esa aprobación es de buen sentido que no ha de quedar al arbitrio del deudor, porque ninguno puede ser juez y parte en un asunto; y por esto era hasta innecesaria la 2.ª parte del artículo que nos ocupa, y claro es también que las partes han de someterse á lo que decida ese tercero.

Precedentes encontramos en la ley 24, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto, y 22, párrafo 1.º de *regulis juris*, y el art. 1539 del Proyecto de 1851, propuso un precepto idéntico, aunque sin el 2.º apartado del nuestro.

Concuerda en lo esencial con el art. 1634 del Código de la República Argentina que lo fía al juicio de peritos cuando nada se hubiere convenido, 1984 del de Veracruz-Llave, 2625 del de México, 2506 del de la Baja California, 2625 del de Campeche, y otros.

Digitized by Google

Art. 1599. Si no hubiere pacto ó costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.

Previsor está el legislador en este artículo y lógico y consecuente es con los principios generales para los contratos sentados. Primero el pacto, después el precepto. Y en éste se ve naciendo de la obligación cumplida por el que se comprometió á obrar, la obligación del dueño ó comitente de pagar la obra realizada; y está en perfecta relación con el art. 1592; pues si cuando el contratista se obligó á realizar una obra por piezas ó por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción á lo efectuado de la obra, de la misma manera debe verificarse con relación al todo de la obra contratada.

Precedentes encontramos en la ley 12, tit. 11, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y el Proyecto de 1851, en su art. 1540, propuso un precepto idéntico, que alguna relación tiene en cuanto á la entrega de la cosa con los arts. 1462 y 1463 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2507 del Código de la Baja California, 1636 del de la República Argentina, 1406 del de Portugal, apartado primero del 1814 del del Uruguay, 1982 del de Veracruz-Llave que es igual al nuestro, 9 del Bávaro (cap. 6.°, lib. 4.°), 2626 del de México, 2626 del de Campeche, y otros.

Art. 1600. El que ha ejecutado una obra en cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague.

Este está conforme con lo que anteriormente expusimos al hablar de la compra y venta de cosas muebles, respecto de las que hay que pagar primero el precio, y la posesión de la cosa mueble comprada presupone el pago efectuado del precio, pues lo lógico es que la cosa vendida se entregue en virtud del pago de su precio.

El Proyecto de 1851, en su art. 1541, propuso un precepto idéntico al nuestro que en relación está con los arts. 335, 1505 y 1966 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2627 del Código de Campeche, 2508 del de la Baja California, 2627 del de México, 1407 del de Portugal, 1983 del de Veracruz-Llave, 1815 del del Uruguay que son enteramente iguales en la esencia al nuestro, y otros en los que solo se ve alguna analogía.

Digitized by Google

SECCIÓN TERCERA.

DE LOS TRANSPORTES POR AGUA Y TIERRA, TANTO DE PERSONAS COMO DE COSAS.

Art. 1601. Los conductores de efectos por tierra ó por agua están sujetos, en cuanto á la guarda y conservación de las cosas que se les confian, á las mismas obligaciones que respecto á los posaderos se determinan en los artículos 1783 y 1784.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que respecto á transportes por mar y tierra establece el Código de Comercio.

Ocúpase esta sección 3.ª de los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas, y sin embargo, todos y cada uno de los tres artículos que comprende se refiere á las cosas y no á las personas.

El primero de dichos artículos es el 1601, en el que no vemos una sola palabra dedicada á las personas; se trata, sí, de la obligación que tienen los conductores de guardar y conservar las cosas que se les entregan, y se refiere á las que con arreglo á los arts. 1783 y 1784 contraen los posaderos, pues se conceptúan esas entregas en uno y otro caso como verdaderos depósitos necesarios; y, teniendo tal carácter no podia menos de hacérseles responsables de dichos efectos, con tal que se les diese conocimiento del cuidado y vigilancia que debian tener, extendiendo la responsabilidad á los daños causados por sus dependientes y criados, excepto en los casos de fuerza mayor ó robo á mano armada.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 9.º, lib. 4.º del Digesto; en la ley 3.ª del mismo título y libro; en la 3.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª, y 26 del mismo título y Partida, repitiéndose en la ley 7.ª, tit. 11, Part. 7.ª; y el art. 1542 del Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo, aunque sin expresar cosa alguna acerca de lo que prescribe el último apartado del Código que comentamos; con cuyas prescripciones se encuentran perfectamente relacionadas las de los arts. 349 al 379 del Código de comercio, que se ocupan del contrato de transportes por vías terrestres y fluviales, y con las de los arts. 652 al 718 del mismo Código de comercio que del transporte marítimo ó fletamento se ocupan; y á cuyo Código y preceptos citados es preciso acudir de ordinario para ventilar las cuestiones que se deducen de esta clase de transportes; teniendo en cuenta la ley de 3 de Junio de 1855 y el Reglamento de 8 Setiembre de 1878 sobre ferrocarriles.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1782 del Código de Francia, 1629 del de Italia, 1782 del de Bélgica, 1817 del de Bolivia, 2452 del de Prusia (tit. 8.°, parte. 2.ª), 1653 del de Holanda que se refiere en un todo al Código de comercio, 2722 del de la Luisiana, 1267 del de Vaud, 1762 del de Guatemala muy parecido á los de Francia, Italia y Bélgica, 1816 del del Uruguay, 2021 del de Chile, siendo estos dos últimos muy semejantes al citado artículo de Holanda, como sucede con el 1984 del deVeracruz-Llave; última parte del 1624 del de la República Argentina, refiriéndose al Código de comercio; 1412 del de Portugal, 2629 del de México, 2510 del de la Baja California, 2629 del de Campeche, y otros.

Art. 1602. Responden igualmente los conductores de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, á no ser que prueben que la pérdida ó la avería ha provenido de caso fortuito ó de fuerza mayor.

Es tan claro este precepto, que no necesita comentario; y mucho ménos después de lo expuesto en el artículo anterior.

Relacionado está sin embargo, con lo que tanto el Código de Comercio (artículos 806 al 818), como la ley de Enjuiciamiento civil, previenen sobre averías ó daños que sufren las mercancías ó géneros en el mar. Y claro está que si se prueba que la pérdida de la cosa proviene de caso fortuito ó de fuerza mayor, no ha de ser responsable el conductor ni de dicha pérdida, ni de sus averías.

Precedentes encontramos en las leyes 25.ª, párrafo 7.°, tit. 2.°, lib. 19; 3.ª, párrafo 2.°, tit. 19, lib. 4.° del Digesto, y 26.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1543, propuso un precepto análogo.

Vemos concordancias en los arts. 1784 del Código de Francia, 1631 del de Italia, 1784 del de Bélgica, 1819 del de Bolivia, 2725 del de la Luisiana, 1269 del de Vaud, 1763 del de Guatemala, 2015 del de Chile, 2631 del de México, 2512 del de la Baja California, 2631 del de Campeche, y otros.

Art. 1603. Lo dispuesto en estos artículos se entiende sin perjuicio de lo que prevengan las leyes y los reglamentos especiales.

La mayor parte de los Códigos extranjeros se refieren al tratar de esta materia, al Código de Comercio y á las leyes y reglamentos especiales. Otros, sin embargo, como los de México, Baja California, Campeche y Chile, dictan multitud de preceptos determinando los casos que ocurrir pueden por efecto de los contratos de transporte; y en el nuestro, adoptando un término medio, después de sentar las bases generales de tales contratos en los artículos preceden-

Digitized by Google

tes, viene á referirse en éste que al presente comentamos, á las leyes y reglamentos especiales aunque sin determinarlas, si bien, como hemos dicho anteriormente, las principales reglas que sobre este particular han de servir de guía se encuentran en el Código de Comercio, en la Ley y Reglamento sobre ferrocarriles indicados, y en las disposiciones relativas al Registro Mercantil y en la Ley de Enjuiciamiento civil.

El Proyecto de 1851, en su art. 1545, propuso un précepto idéntico, y concordancias vemos en los arts. 1786 del Código de Francia, 1633 del de Italia, 1786 del de Bélgica, 1411 del de Portugal, 1157 del de Austria, 1271 del de Vaud, 2021 del de Chile, y otros.

TÍTULO VII.

De los Censos.

CAPÍTULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1604. Se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon ó rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, ó del dominio pleno ó ménos pleno que se trasmite de los mismos bienes.

Importante en extremo es este tit. 7.° que dedica nuestro Código al estudio de los censos, tanto por su historia jurídica como por la desmembración que de la propiedad implica y la contrariedad que en esto se ve con la libertad de la propiedad, cuya idea en esta época tanto se generaliza, pero sin detenernos al estudio de los censos desde su origen, y sin ocuparnos de las diferentes vicisitudes porque ha pasado, diremos únicamente que el censo es un contrato consensual bilateral, por el que se adquiere el derecho de exigir de una persona un canon ó pensión anual por haberla transmitido el dominio útil, ó el útil y el directo de una finca, y por haberle prestado una cantidad, ó haber consignado ésta sobre bienes raíces suyos.

El origen etimológico de la palabra censo, es puramente latino *censere*, que significa valuar, tasar, aun que entre los romanos se aplicó también la palabra censo á la lista que los censores hacian de las personas que tenian ciuda-

Digitized by Google

dania y no la tenian en la Ciudad¡Eterna, y de sus bienes; como hoy en nuestra patria significa en sentido político administrativo el censo electoral, el padrón de vecinos, el catastro ó libro de riqueza pública, para deducir de él los impuestos correspondientes á cada ciudadano.

Pero prescindamos de continuar en estas indicaciones que nos desviarian del comentario. Hemos dicho lo que es el contrato de censo, y como de toda relación jurídica nacen derechos y obligaciones, definida la que se establece por el contrato de censo, debemos decir que el derecho de censo que de aquélla nace es la facultad de exigir la pensión de la persona que se obligó á prestarla; y como derecho real, es un derecho en la finca sobre que el censo se constituye, en virtud del cual podemos exigir de su poseedor el canon á que está afecta. De manera que en el terreno del derecho civil puramente, tenemos el censo como contrato, que ya hemos dicho es puramente consensual (como todos los contratos), bilateral como derecho personal, ó sea la facultad que nace de dicho contrato en favor del censualista; y como derecho real ó sea la garantía que el censualista tiene en la finca censida, cualquiera que sea su poseedor.

De esto dedúcese lógicamente, que el que se obliga á pagar la pensión se llama censatario, y el que adquiere el derecho á cobrarla se llama censualista.

En cuanto á la causa y forma constitutiva del censo, no siempre tiene igual origen, ni manera de ser idéntica. Unas veces se constituye lo que se llama censo enfitéutico, el más antiguo, reconociendo por causa económico-social el mejor cultivo, el estímulo que un semidominio de la finca dada en enfiteusis hace atender más á la producción y conservación de la misma, reconociendo el verdadero dominio útil por la percepción de un pequeño canon, pues realmente se enajena por él todo dominio útil que en la cosa se tiene por una pequeña pensión anual, conservando el directo el censualista: otras veces se establece el censo consignativo por el cual no se transfiere ni divide el dominio de la cosa objeto del contrato, sino que se impone ó consigna sobre ella un capital, con obligación de entregar al capitalista una pensión que afecta á la finca sobre que se impuso el capital, (es por lo tanto una especie de hipoteca pensionada), y otras veces se estatuye vendiendo una finca de manera tal, que se traspasa el pleno dominio al comprador, pero el vendedor, bien en consideración al bajo precio de venta, bien por otras razones que indujesen la voluntad de ambos contratantes, se reserva una pensión, y estos tales censos se llaman reservativos.

Nada hemos de exponer aquí de los foros, de la rabasa morta, el violario, tributación, etc., pues el lugar oportuno para su estudio, es el derecho foral, del que nos ocuparemos oportunamente.

Por ahora nos basta con dejar sentado que, según nuestro Código, se constituye ó se establece el censo cuando algunos bienes inmuebles se sujetan al

Digitized by Google

pago de una pensión canon ó rédito anual, en retribución de un capital que se recibe en dinero (consignativo), ó del dominio pleno (reservativo), ó menos pleno (enfitéutico), que se transmite de los mismos bienes.

El precepto que comentamos es más completo en nuestro Código que en ningún otro; mucho más que el del Proyecto de 1851, art. 1546, en el que, apesar de la semejanza aparente con el que nos ocupa, solo recordaba los censos consignativos y los reservativos, puesto que allí se trataba solamente de la retribución al capital consignado y de retribución al dominio que se le transmitia, sin que se diferenciase el pleno del menos pleno, que es lo que perfectamente consigna nuestro Código y lo que viene á sustentar también la idea del censo reservativo y del enfitéutico. Es más; en aquel Proyecto se presentaba como principio general la tesis de que el acreedor no tenia la facultad de exigir su reduccion sino en los casos de quiebra ó insolvencia del deudor, que se traducirá tal cuando haya dejado pasar dos años seguidos sin pagar la pension y requerido judicialmente no paga en los diez dias siguientes al requerimiento; mientras que, el art. 1604 que de nuestro Código nos ocupa, nada prescribe acerca de dicha redencion.

Vemos verdaderas concordancias en los arts. 1985 del Código de Veracruz-Llave, que idéntico es al art. 1546 del Proyecto de 1851 ya citado, 2022 del de Chile, que es muy semejante en su primer apartado, y dedica el segundo á sentar la denominación de *censo* ó *canon* para el rédito, la de *censuario* para la persona que lo debe, y *censualista* para su acreedor; y en el 1817 del del Uruguay, que es casi igual al anterior.

El Código de México, en su art. 3206, define el censo, no como contrato, sino como derecho personal puramente, en el siguiente determina cual es el censo consignativo, en el 3208 describe el enfitéutico, y en los otros dos siguientes expone los nombres de los que deben y perciben la pensión de tales censos; haciendo lo mismo el Código de la Baja California en sus arts. 3066 al 3070, y el de Campeche en sus arts. 3206 al 3210.

El Código de Holanda, en su art. 1654, nos dice que: «El derecho llamado *beklemming* (censo), temporal ó perpétuo, creado por un contrato ó de cualquier otro modo con arreglo á la ley, se rige por sus disposiciones especiales, y por lo convenido por las partes, y en su defecto por los usos y costumbres locales». Y para esto, para un solo artículo de referencia, constituye un título el 8.º en su lib. 3.º.

El Código francés, dentro del cap. 3.º que dedica á tratar del préstamo con interés, consigna el art. 1909, reconociendo en él el censo consignativo bajo el nombre de renta perpétua, preceptuando que podrá estipularse un interés por medio de un capital que el prestamista se obliga á no pedir, tomando en este caso dicho contrato el nombre de *constitución de renta.*

Lo mismo prescribe el art. 1909 del Código de Bélgica: el de Vaud en su ar-

Digitized by Google

tículo 1394, le llama *carta de renta á la perpétua*, y en el 1451 trata de la renta vitalicia.

El art. 2750 del de la Luisiana, reconoce y define el censo reservativo, llamándole renta inmueble (fonciere), ó arriendo ó renta perpétua; el Código prusiano reconoce y define el enfitéutico; y el Código de Guatemala, en sus artículos 2181 y 2182, previene terminantemente: en el 1.°, que ningún particular podrá en adelante hacer imposición de censos, sean reservativos, consignativos ó enfitéuticos; y en el 2.° dispone, que todos los censos que hasta hoy se hayan impuesto, se regirá por las leyes que dieron motivo á su imposición; pero en el artículo 2183, el mismo Código sostiene los censos de las Municipalidades prescribiendo que sean regidos por lo que disponen ó en lo sucesivo dispusieren las leyes de Hacienda.

El Código de Italia, bajo el tit. 13.°, «De la constitución de rentas», consigna su art. 1778, en el que se determina, que podrá estipularse una renta ó prestación anual en dinero ó en especies, mediante la cesión de un inmueble ó el pago de un capital que el cedente se obligue á no reclamar.

Como se ve, la diversidad de pareceres no puede ser mayor. Si hubiéramos de hacer aquí un breve resumen de cuanto en pro y en contra de los censos se ha escrito, daríamos unas proporciones indebidas á la obra, y no cumpliríamos con el deber del comentarista en estrechos límites encerrado.

La razón fundamental de los censos obedeció en su origen á grandes y elevados fines la mayor parte de las veces; otras, los impuso la necesidad. Ahora bien, si nos apartamos de inquirir el porqué el censualista y censatario perpetuaban el contrato en sus albores; si prescindimos de si esa perpetuidad estaba ó no en relación de la pequeñez del canon, como único medio de satisfacer las necesidades de los estabilientes; si abandonamos, en fin, cierta clase de consideraciones admiradas en lo antiguo por lo que entonces valían, comprenderemos su necesidad en aquellos tiempos, y la utilidad que los censos han proporcionado; pero si reflexionamos que hoy la propiedad no está acumulada ya como en cierta época, que su movilidad es grande, y que las ideas ahora dominantes de libertad en la propiedad y facilidad en la contratación cambian la faz de las cosas, nos convenceremos de que la modificación de los censos en su antigua naturaleza es inevitable; pues esa libertad en la que algunos fundan sus ataques á los censos, y en la que otros exagerándola basan su también exagerada división de los dominios directos, medianos y útiles, siendo excesivamente libres para sí, y dejando las cosas en la más opresora de las opresiones para los demás, es muy contraria á la traba censal y á la perpetuidad del antiguo vínculo.

Y verdad es, que como las exageraciones siempre fueron malas, nunca podrá producir buenos efectos. Pero es lo raro que, algunos de los que combaten los censos antes constituidos y pretenden eludir su pago, se lamentan

Digitized by Google

de no constituirlos para lo sucesivo trabando la propiedad de que ellos gozan con entera libertad indefinidamente; y los más autocráticos, los más aficionados á las vinculaciones impugnan los censos cuando son censatarios, y los sostienen para ser censualistas. ¡Esto prueba la *buena fe* con que se sostienen ciertas teorías! Nadie duda, en conciencia, los excelentes resultados que en la riqueza pública produjo el censo enfitéutico. Nadie puede dudar que los censos sin la perpetuidad, no contrariarían la libertad de la propiedad, pero perderían su propia naturaleza sin esa perpetuidad, sino se constituyesen por tiempo indefinido.

Art. 1605. Es enfitéutico el censo cuando una persona cede á otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho á percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio.

Después de lo expuesto en el comentario anterior, nada hay que decir aquí donde se define el censo enfitéutico, en conformidad á la definición que del mismo nosotros hemos dado. Por él, el propietario de una finca, generalmente rústica, transfiere el dominio útil á otra persona, reservándose el directo y el derecho á percibir el canon ó pensión anual señalada como reconocimiento de este mismo dominio directo.

Este censo, el más antiguo, que tantos beneficios había producido á las personas laboriosas, que tanto ha fomentado la riqueza pública y principalmente la producción agrícola, ha tenido muchos detractores; y el Proyecto de 1851, en su art. 1547, propuso su prescripción, como lo preceptúa el art. 1986 del Código de Veracruz-Llave; pero la comisión de Códigos y de eminentes jurisconsultos propusiéronse sostenerlo, y así lo hicieron, redactando el precepto que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1628 al 1654, donde se prefijan las reglas bajo que debe regirse dicho censo enfitéutico en lo sucesivo.

Ya dijimos ántes que el art. 3208 del Código de México, como el 3068 del de la Baja California y el 3208 del de Campeche, definen el censo enfitéutico, diciendo que es aquel en que la persona que recibe la finca ó el enfiteuta, adquieren solo el dominio útil de ella, conservando el directo la que recibe la pensión ó sea el dueño.

Análogos preceptos encontramos en los arts. 1653 del Código de Portugal, y 1556 del de Italia, si bien este último lo define de manera más precisa y clara, expresando que la enfiteusis es un contrato por el cual se concede á perpetuidad ó temporalmente un predio, con obligación de mejorarlo y pagar una prestación anual determinada en dinero ó en especie; mientras que el citado precepto portugués nos dice: existe contrato de enfitéusis, cuando el propietario

Digitized by Google

de un predio transfiere el dominio útil á otra persona, obligándose ésta á pagarle anualmente cierta pensión determinada, llamada foro ó canon.

Art. 1606. Es consignativo el censo, cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon ó pensión que se obliga á pagar al censualista por el capital que de éste recibe en dinero.

También definimos de modo idéntico el censo consignativo, é indicamos el parecido que esto tenia á una verdadera hipoteca pensionada, nacida de la prestación de un capital; se necesita para la existencia del contrato de censo consignativo, además de expresa voluntad de las partes, imposición de un gravámen, carga, pensión ó cánon sobre una finca determinada ó sea sobre un inmueble por *causa* de haber recibido un capital en metálico de la persona á cuyo favor se constituye la pensión anual.

Hubo dudas antes acerca de si este censo podia constituirse en especie ó en dinero, pero esas dudas quedan hoy desvanecidas ante la claridad del precepto que comentamos, mucho mejor que por la interpretación de la ley 6.ª, tit. 13, lib. 10 de la Novisima Recopilación, y por lo propuesto en el art. 1557 del Proyecto de 1851. Hoy ya, toda cuestión sobre este particular, toda duda, toda dificultad es quimérica. El censo consignativo se constituye en dinero; la pensión se paga en dinero generalmente, pero esta puede pagarse también en especie según el art. 1657 de este mismo Código. Este es el espíritu y letra del artículo 1606 que de nuestro Código comentamos.

Los arts. 1657 al 1660 de este Código, prescriben las reglas porque ha de regirse dicho censo consignativo.

Los arts. 3207 del Código de México, 3067 del de la Baja California, primera parte del 1987 del de Veracruz-Llave, y 3207 del de Campeche, lo definen de modo análogo al nuestro; y lo mismo éstos que los Códigos del Uruguay y de Chile, sostienen que ha de constituirse en dinero el censo consignativo

Art. 1607. Es reservativo el censo, cuando una persona cede á otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho á percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario.

También hemos definido de la misma manera el censo reservativo al comentar el art. 1604, ó sea el primero de este capítulo, y en los arts. 1661 al 1664 se encuentran los preceptos porque ha de regularse el censo así constituido.

Digitized by Google

Por él se transfiere el dominio pleno del inmueble al censatario, y el dueño ó censualista de la finca transferida se reserva el derecho á percibir sobre el mismo inmueble la pensión anual estipulada que debe pagar el censatario.

El tercer apartado del art. 1547 del Proyecto de Código de 1851, propuso un precepto análogo, como la 2.ª parte del art. 1987 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 1608. Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital ó de la cosa inmueble sea perpétua ó por tiempo indefinido; sin embargo, el censatario podrá redimir el censo á su voluntad aunque se pacte lo contrario; siendo esta disposición aplicable á los censos que hoy existen.

Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censualista ó de una persona determinada, ó que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico.

Precepto importantísimo es este que entraña el artículo que acaba de consignarse, tanto en su primero como en su segundo apartado, tan importante como el que más de los que comprenden estas disposiciones generales.

El primer apartado comprende dos partes; la regla general en que se determina la naturaleza del censo, ó sea su perpetuidad, y la excepción. El censo en general, por su propia naturaleza es perpétuo, debe constituirse por tiempo indefinido; bajo estos conceptos se hace la cesión de la cosa inmueble, con simple dominio útil en el enfitéutico, con el pleno dominio en el reservativo; bajo estos conceptos se cede, entrega ó consigna el capital en el consignativo. Pero luego la segunda parte de ese primer apartado, atemperando, suavizando esa textura de extricto derecho que en el censo informa por su origen y naturaleza, viene á facultar al censatario para que á su voluntad redima el censo, aunque lo contrario se hubiera pactado y en lo sucesivo se pacte, dándose efecto retroactivo á esta disposición, puesto que se manda aplicar á los censos ya existentes el dia que en vigor se puso nuestro Código, y por consiguiente antes constituidos.

Mas, viene el segundo apartado de este artículo, y en él se ve la idea dominante de la época respecto de la libertad de la propiedad; en él insensiblemente se transforma la antigua naturaleza del censo; con él desaparece aquella perpetuidad; con él el tiempo indefinido es ya casi bien determinado. Se obliga quien lo constituye para si; da tiempo para que el censatario se aproveche por bastantes años del producto de sus trabajos con su dominio útil: pone en condiciones al capitalista ó censualista y al censatario para utilizarse del

Digitized by Google

capital y asegurar su interés; pero no amortiza, no esclaviza la propiedad más de la generación constituyente, no destruye esa bella, excelsa y económica idea de la libertad de la propiedad, que aumenta su valor, que la hace más comercial, que la generaliza y fomenta su producción, porque la transforma sin desmenuzarla ni acumularla, y la pone al alcance de todos. Por eso nuestro Código dice sabiamente: apesar de esa naturaleza perpétua é indefinida del contrato de censo, y de que el censatario salvando sobre la equidad esa misma naturaleza, puede redimir el censo, pueden pactar las partes contratantes que la redención no tenga lugar durante la vida del censualista, ó de una persona determinada; lo cual quiere decir, en nuestro pobre concepto, de modo claro y terminante que la perpetuidad en el censo se puede constituir, cuando más, por la generación de los propios constituyentes; llevarla más allá de una generación, implicaria el deseo de amortizar; y esa idea pasó de moda; no tiene ya objeto en la vida social, porque la experiencia ha enseñado que esas acumulaciones perennes matan tanto la propiedad, como el desmenuzarla abusivamente; porque se ha comprendido que el movimiento de la tierra indica el movimiento de sus porciones, y que así como la tierra cuanto más se cultiva más produce, y el capital cuanto más se mueve más se engranda, la propiedad que se estanca no entra en las sendas del progreso humano, que aunque con sus muchos defectos implica adelanto, y no siguiendo ese movimiento general se enmohece y se hace improductiva por haberse quedado á la zaga del gran concierto universal.

Por esto, no rompiendo de repente con la tradición y con la historia (que base es de nuestros conocimientos, y eslabon primero de ese engranage progresivo que á todos nos envuelve, por la fuerza misma de la cosa y casi insensiblemente), se previene que los contratantes tienen facultad para pactar que no se pueda redimir en cierto número de años; pero enseguida el legislador viene á poner un límite, el legislador tolerante y conocedor de los derechos del individuo le faculta para contraer para hoy y para mañana, para el presente y para el porvenir, respetando esos derechos individuales de los contrayentes; pero después de mostrarse individualista dentro de lo justo, cierra la puerta al individualismo que perjudica á la sociedad, y previsor siempre toma medidas que, teniendo algo de socialistas, vienen al propio tiempo á redundar en beneficio de otros individuos, porque si no las hubiere tomado, el abusivo proceder de los individuos constituyentes de un censo, invadiria la esfera de acción de sus sucesores, limitaria las funciones y derechos dominicales de éstos, y veriase sostenida una teoria de ancha base para unos individuos, con estrechísimos círculos para otros. Por esto nuestro Código faculta á los contrayentes para que prohiban la redención en cierto número de años, pero limita enseguida de un modo razonable tal facultad, determinando que ese número de años no exceda de 20 en el censo consignativo, ni de 60 en el reservativo y en el enfitéutico.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 22 y 23, tit. 15, lib. 10 de la Novisima Recopilación, Real Circular de 3 Agosto de 1818 y ley de 30 Mayo de 1823.

El Proyecto de 1851, en su art. 1548, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 334, 1086, 1651, 1658 y 1662 de este mismo Código y con el art. 149 de la ley peninsular hipotecaria que corresponde á los arts. 163 de la de Cuba y 157 de la de Puerto Rico y Filipinas.

Concuerda ó más bien tiene gran analogía el precepto que comentamos con los arts. 1911 del Código de Francia, 1783 del de Italia, 1011 del de Bélgica, 2029 del de Chile, 1988 del de Veracruz-Llave, 1823 del del Uruguay, 3214 del de Mexico, 3074 del de la Baja California, 3214 del de Campeche, y otros; los cuales están conformes en que los censos son redimibles todos, lo mismo que los que los franceses y belgas llaman rentas perpétuas.

Art. 1609. Para llevar á efecto la redención, el censatario deberá avisarlo al censualista con un año de antelación, ó anticiparle el pago de una pensión anual.

El precepto es de buen sentido y está en perfecta relación con los artículos 1651, 1658 y 1662 de este mismo Código; y aunque el artículo que comentamos no expresa como expresaba la ley 22, tit. 15, lib. 10 de la Novisima Recopilación que se cite al censualista ante Escribano ó judicialmente, creemos que para formalizar el aviso seria conveniente se hiciera ante Notario ó de otra manera que no pudiera dar lugar á duda, pues un aviso particular, ni es solemne, ni fácil es justificarlo.

Alguna analogía tiene con el precepto que nos ocupa el tercer apartado del art. 1783 del Código de Italia y 1832 del del Uruguay.

Art. 1610. Los censos no pueden redimirse parcialmente sino en virtud de pacto expreso.

Tampoco podrán redimirse contra la voluntad del censualista, sin estar al corriente el pago de las pensiones.

Dos preceptos contiene este artículo, acerca de los que extensamente se han ocupado los tratadistas de derecho civil, sosteniendo polémicas que, reconociendo por base la interpretación mas ó menos acertada de las *Estravagantes* de Martino V y Calixto III, en las que se daba forma y se aprobaban los censos consignativos, conceptuaron autorizada su redención en parte, sin designar siquiera aproximadamente cual fuera ésta.

El odioso concepto que de los censos se tenia en el siglo XV por considerarlos usurarios, pudo influir en la decisión de Calixto III respecto de la redem-

Digitized by Google

ción por partes; pero pensando razonablemente, si el censo es una deuda como otra cualquiera, evidente es que al acreedor nadie puede obligarle á que se le solvente por partes, porque efectuándolo en insignificantes porciones, llegaria á hacerse ilusorio el cobro. Por eso está perfectamente el precepto en que se determina que los censos no pueden redimirse parcialmente sino en virtud de pacto expreso.

También es de buen sentido que no pueda redimirse el censo contra la voluntad del censualista, sin que el censatario ó censuario esté al corriente del pago de las pensiones vencidas; en primer lugar, porque nadie lógicamente puede creer que uno se libre de una carga sin haber cumplido sus obligaciones, además porque nadie paga el capital sin los réditos y porque así como ninguno supone que se ha pagado la última pensión sin haber satisfecho las anteriores, tampoco podrá suponerse que quien habia redimido el censo hubiera dejado de satisfacer las pensiones vencidas,

Muy distinta prescripción se encuentra en la Pragmática de Carlos IV, ó sea en la ley 16ª, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que aunque proclamaba la redención la admitia parcialmente, por las dificultades que presentaba en su totalidad; pero esta disposición que fué derogada por la R. C. de 2 de Agosto de 1820, está conforme con el precepto que de nuestro Código nos ocupa, y aúnque ya sabemos que una R. O. no puede derogar un Real Decreto, ni un decreto puede derogar una ley, según los principios de derecho, como esa derogatoria admitida fué en la práctica, sin duda por la conveniencia de su admisión, hemos de señalar aquí lo que la historia jurídica nos enseña, los hechos que como valederos encontramos admitidos, sin elevarnos á otro orden de consideraciones que indudablemente no se hicieron los que tales hechos aceptaban.

El Proyecto de 1851, en su art. 1549, propuso un precepto idéntico á la primera parte del artículo que de nuestro Código comentamos, y en relación está con los arts. 1651, 1658 y 1662 de este mismo Código. La segunda parte es nueva.

También se encuentra perfectamente relacionado nuestro artículo con el 149 de la ley hipotecaria que ya citamos anteriormente,

Concuerda la primera parte del artículo que de nuestro Código nos ocupa, con los arts. 2040 del Código de Chile, 1833 del del Uruguay, 3216 del de México, 3076 del de la Baja California y 3216 del de Campeche.

El art. 1394 del Código de Vaud, admite, por el contrario, la redención parcial de censos por terceras partes.

Art. 1611. Para la redención de los censos constituídos antes de la promulgación de este Código, si no fuere conocido el capital, se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100.

Digitized by Google

Si la pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para determinar el capital, por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable á los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial.

Está tan claro y tan terminante este artículo, que nada sobre él hay que exponer, pues solo se trata de capitalizar aquí el censo cuando el capital no fuese conocido; y para ello se ha de atender precisamente á la pensión, la cual conocida, se presume por la ley que representa un 3 por 100: así es que el censatario paga una pensión de 111 pesetas, por ejemplo, para los efectos de la redención ha de suponerse que el capital censal es de 3700 pesetas, las cuales deberá abonar al censatario después de pagar todas las pensiones vencidas, satisfaciendo también todos los gastos de escritura de redención y demás que ésta lleve consigo, como pago á la Hacienda, inscripción, etc. etc.

Pero puede suceder que la pensión consista en frutos, y entonces ha de atenerse al precio medio que, por ejemplo, el trigo recibido por el censualista tuvo en el último quinquenio, y conocido así el valor de la pensión, se capitaliza el censo con relación á dicho valor pensional de la misma manera que anteriormente hemos indicado.

Estas reglas no pueden aplicarse á los foros y subforos, especie de censo enfiteútico que hace desconocer en Galicia la verdadera propiedad, que dá lugar á infinidad de pleitos, y que tritura en aquel país su hermosa y fértil riqueza rústica especialmente, sin mas ley verdadera que la tradición, sin mas norma que la costumbre. Por ello el legislador ofreció para ésto como para los de superficie y otros gravámenes semejantes, una ley especial de redención de tan especiales dominios que los naturales de aquella deliciosa región debian apresurar, siéndoles fácil si se atiende á los eminentes hombres públicos y jurisconsultos que de allí proceden.

Art. 1612. Los gastos que se ocasionen para la redención y liberación del censo serán de cuenta del censatario, salvo los que se causen por oposición temeraria, á juicio de los Tribunales.

Después de lo indicado al estudiar el artículo anterior, nada resta que expresar ahora. Esto en la esencia es lo mismo que determinó la ley 12, tit. 15, libro 10 de la Nov. Recop. en su cap. 29; y en relación está con lo que nuestro mismo Código prescribe al tratar de las obligaciones que lleva consigo el levan-

Digitized by Google

tamiento de cargas y el pago de deudas: á nadie interesa más que á ellos; por consiguiente, solo el interesado en levantar un gravámen es el que debe satisfacer los gastos que esto ocasione, y por lo tanto, solo el censatario, interesado en redimir el censo, es el que ha de pagar los gastos que para ello fuesen precisos; pero si una oposición sistemática del censualista los aumentase, éstos, determinarán prudencialmente los Tribunales quién deba abonarlos.

Art. 1613. La pensión ó canon de los censos se determinará por las partes al otorgar el contrato.

Podrá consistir en dinero ó frutos.

Así como en la compra y venta expusimos que los contratantes deben precisar el precio, aquí el Código viene prescribiendo como uno de los requisitos esenciales del contrato de censo, que la pensión ó canon se determine por las partes al otorgar el contrato, esto es al constituir el censo, al dar vida á la relación jurídica que dimana de la confluencia de las voluntades de las partes contratantes sobre el objeto del censo: dominio útil trasferido, pensión ofrecida en reconocimiento del dominio directo; dominio pleno cedido por el propietario con reserva de pensión, canon que el censatario debe abonar al censualista; capital consignado sobre la finca determinada del censatario, pensión que éste debe al capitalista censualista. Esto es lo esencial que en el contrato de censo debemos ver para que el censo exista.

Respecto del segundo apartado, hemos de significar tan solo que, así como el capital del censo consignativo debe ser metálico, ó cantidad líquida en valores, la pensión en todos los censos puede consistir en dinero ó en frutos; así lo determina nuestro Código, y así debe observarse hasta en el consignativo, según se prescribe en el art. 1657 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1550, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos hasta cierto punto en los arts. 1907 del Código de Francia, 2003 del de Veracruz-Llave, 1907 del de Bélgica, 3217 y 3239 del de México, 3077 y 3099 del de la Baja California, 3217 y 3239 del de Campeche, y otros; previniéndose en dichos Códigos, sobre todo en estos cuatro últimos, que el rédito ó pensión del censo consignativo se pagará siempre en dinero y en la clase de moneda convenida.

Art. 1614. Las pensiones se pagarán en los plazos convenidos; y, á falta de convenio, si consisten en dinero, por años vencidos á contar desde la fecha del contrato; y, si en frutos, al fin de la respectiva recolección.

Digitized by Google

Determínase en este artículo que los plazos para pagar las pensiones sean los pactados por las partes, y esto es natural, por cuanto la voluntad de los otorgantes ha de ser la suprema ley en esta materia. A falta de estipulación, el Código diferencia oportunamente el pago metálico del de frutos, y preceptúa respecto de la pensión en dinero, que se pague por años vencidos contados desde la fecha del contrato, pues hasta entonces no se debe. Respecto del canon que consiste en frutos no puede determinarse con tanta fijeza porque los frutos naturales, ni son tan seguros como los civiles, ni siempre se recolectan el mismo día; podrá ser la misma época de la recolección para cada clase de frutos, pero puede variar el día dentro de una estación, pues depende del tiempo, de la sazón del fruto, de las faenas del campo y de miles de concausas que impidan el señalamiento de día fijo, aunque en algunas escrituras de censos se ha señalado el día de una fiesta determinada y de todos conocida como San Juan, S. Pedro, la Trinidad, etc., y por ello nuestro Código ha tenido muy buen acierto determinando se haga el pago de la pensión en frutos al fin de la respectiva recolección, en lo cual influye notablemente la costumbre según el clima y la clase de frutos; y deberá tenerse en cuenta lo prevenido en los artículos 1125 y 1130 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 3219 del Código de México, 3079 del de la Baja California y 3219 del de Campeche, si bien estos previenen que no habiendo plazos convenidos, se pagarán por tercios vencidos.

Art. 1615. Si no se hubiere designado en el contrato el lugar en que hayan de pagarse las pensiones, se cumplirá esta obligación en el que radique la finca gravada con el censo, *siempre que el censualista ó su apoderado tuvieren su domicilio* en el término municipal del mismo pueblo. No teniéndolo, y sí el censatario, en el domicilio de éste se hará el pago.

Obedece este precepto á dos principios generales, sentados al tratar de las obligaciones, pues procediendo de derechos reales debe pagarse donde la cosa exista; y no previéndose tal caso, donde el deudor tenga su domicilio. Aquí está perfectamente determinado: si hay pacto, á lo pactado; sino lo hubiese deberán pagarse las pensiones donde radique la finca gravada, si el censualista ó su apoderado tuviera su domicilio en el término municipal del mismo pueblo, para lo cual debe tenerse en cuenta lo que según el art. 40 de este mismo Código se entiende por domicilio. Y no teniéndolo éstos, pero sí el censatario, en el domicilio de éste ó sea del deudor es donde debe hacerse el pago.

No hemos de repetir aquí lo que el art. 40 de este mismo Código preceptúa acerca del domicilio que en relación está con lo que sobre competencia pres-

Digitized by Google

criben los artículos 56 al 71 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque á dichas disposiciones nos referimos.

El art. 1615 que nos ocupa es uno de los modificados en la segunda edición, pues las palabras que del mismo dejamos subrayadas en el texto han venido á sustituir á las que en la primera edición decian: «y en el domicilio del censualista ó de su apoderado si lo tuvieren, etc., etc.»; pero esta modificación no cambia la sustancialidad del precepto, es siempre variación de palabra para el mismo concepto, y por eso no analizaremos con detención la ley aplicable al caso, en que desde el 1.° de Mayo al 21 de Julio de 1889 se hubiera constituido algún censo, bajo los auspicios del art. 1615 de la primera edición, pues en aquél como en éste se quiere decir que si el censualista ó su apoderado tuvieran su domicilio en el término municipal donde radique la finca censida, en dicho punto ha de pagarse la pensión cuando, no se hubiera estipulado el lugar del pago.

Art. 1616. El censualista, al tiempo de entregar el recibo de cualquier pensión, puede obligar al censatario á que le dé un resguardo en que conste haberse hecho el pago.

Raro parece en extremo que el censualista, que es el que cobra del censatario, y el que por lo tanto expide el oportuno recibo, puede exigir del pagador un resguardo en que conste haberse hecho el pago, porque á quien le conviene acreditar el pago es al pagador, no al que recibe: y solo para los efectos del artículo 1970 de este mismo Código, sobre prescripción, se comprende la tal facultad, en el que comentamos concedida, pero si lleva libros bien llevados el censalista, libros de cabrebación, que hasta hoy se han traido á los pleitos como medio de justificar ciertos pagos, no sabemos para que son necesarios esos resguardos ó contrarecibos, mucho menos si estos son talonarios como ya se tienen en las administraciones de casas de una regular fortuna. De todos modos, es una previsión extraordinaria la del legislador que demuestra la desconfianza que debe existir entre los contratantes, y que evita la fuerza de una negativa de pago que pudiera convenir al censatario como medio de alegar la prescripción del censo, puesto que el tiempo para ejercitar tal acción corre desde el último pago de la renta ó del interés, en todas las acciones para reclamar el pago de obligaciones de capital con interés ó renta, en el censo consignativo; así como corre en los censos enfitéutico y reservativo desde el último pago de la pensión ó renta.

El Proyecto de 1851, en su art. 1552, propuso un precepto idéntico; y concordancias vemos en los arts. 1825 del Código del Uruguay, 3220 del de México, 3080 del de la Baja California, 3220 del de Campeche y 1992 del de Veracruz-

Digitized by Google

Llave, que son enteramente iguales al que de nuestro Código al presente nos ocupa.

Art. 1617. Pueden transmitirse á título oneroso ó lucrativo las fincas gravadas con censos, y lo mismo el derecho á percibir la pensión.

No cabe duda que las fincas sobre que gravitan censos, pueden transmitirse lo mismo á título oneroso que á título lucrativo, sin que por esto se libren de la carga real que sobre las mismas pesa; y el que las adquiere las lleva á su poder con las obligaciones que el censatario tiene para con el censualista, á quien se le abonará el laudemio correspondiente por cada transmisión en los censos antes constituidos.

Analogías se encuentran al tratar de las inscripciones é hipotecas en los arts. 2.°, 9.° y 105 de la ley Hipotecaria, en el art. 102 del Reglamento para su ejecución; modificando nuestro Código esencialmente las leyes 12 y 22, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Concuerda con los arts. 1824 del Código del Uruguay, que previene que no vale en la constitución del censo, el pacto de no enajenar la finca acensada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las legales; y con los arts. 2031 y 2043 del Código de Chile, en el primer apartado de los cuales se expresa lo mismo que en el antes citado del del Uruguay, añadiendo que toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita; y en el 2.° ó sea en el 2043 se preceptúa que todo censo que pertenezca á una persona natural ó jurídica, sin carga de restitución ó transmisión, y sin otro gravámen alguno, podrá disponer el censualista entre vivos ó por testamento, ó lo transmitirá abintestato, según las reglas generales.

Art. 1618. No pueden dividirse entre dos ó más personas las fincas gravadas con censo sin el consentimiento expreso del censualista, aunque se adquieran á título de herencia.

Cuando el censualista permita la división, se designará con su consentimiento la parte del censo con que quedará gravada cada porción, constituyéndose tantos censos distintos cuantas sean las porciones en que se divida la finca.

Se comprende bien que no puede dividirse un censo sin consentimiento expreso del censualista, como no puede novarse ningún contrato sin consentimiento de los contratantes ó sus representantes legítimos; pues aún en los

Digitized by Google

censos adquiridos por herencia, quedan las dos representaciones de los contratantes en sus herederos; y si el censo gravita sobre varias fincas como el contrato de censo fué uno, uno el derecho que del mismo nace, una la acción real que contra las fincas sobre que gravita dicho censo debe ejercitarse, de aquí el que aún cuando el censualista permita que se dividan las fincas afectas al mismo entre dos ó más personas, sea indispensable que con su consentimiento se designe la parte de censo con que cada finca queda gravada, constituyéndose tantos censos distintos cuantas sean las fincas que se dividan ó las porciones de la finca dividida.

En el derecho antiguo no se encuentran verdaderos precedentes por la propia naturaleza del censo en toda su pureza que se llevaba consigo la perpetuidad y la indivisión; pero en la ley Hipotecaria encontramos alguna analogía al ocuparse de la inscripción, de las hipotecas y censos en sus arts. 2, 9, 105, 183 y 384 al 386, como lo hace el art. 102 del Reglamento para su ejecución, y muy principalmente en el art. 123 de la ley Hipotecaria, que transcrita queda en el 2.º tomo.

Concuerda con el art. 1824 del Código del Uruguay, 1662 del de Portugal, y principalmente su primer apartado y su párrafo 4.º; 2036 del de Chile y otros, en todos los que se ve la necesidad del consentimiento del censualista, ó la intervencion judicial cuando procede de división de herencia como sucede en Chile.

Art. 1619. Cuando se intente adjudicar la finca gravada con censo á varios herederos, y el censualista no preste su consentimiento para la división, se pondrá á licitación entre ellos.

A falta de conformidad, ó no ofreciéndose por alguno de los interesados el precio de tasación, se venderá la finca con la carga, repartiéndose el precio entre los herederos.

A una imperiosa necesidad obedece el artículo que acaba de consignarse; porque si al intentar la adjudicación de una finca gravada con censo á varios herederos, el censualista niega su consentimiento para la division, tiene que buscarse un medio de hacerse trasmisible la finca, y no hay otro que el de la licitacion entre ellos.

Pero si aún buscando ese medio fuesen de tan difícil avenir que no estuviesen conformes en esa licitacion ó no ofreciese ninguno de los herederos el precio de tasacion, previene muy acertadamente nuestro Código que se venda la finca con la carga y se reparta el precio entre los herederos.

El art. 386 de la ley Hipetecaria peninsular, que corresponde al art. 400 de la de Cuba, al 394 de la de Puerto Rico y al 387 de la de Filipinas previene que

Digitized by Google

la división y reducción de los censos é hipotecas de que tratan los anteriores artículos, se verificarán por acuerdo mútuo entre todos los que puedan tener interés en la subsistencia de unos ú otros; pero si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuese persona incierta, se decretará dicha división y reducción respectivamente por el Tribunal en juicio ordinario, y con audiencia del Fiscal del partido si hubiera interesados inciertos ó desconocidos. Están, pues, perfectamente relacionados ambos preceptos; como tienen analogía con los de los arts. 1830 del Código del Uruguay, y 2086 del de Chile, y tienen íntima relacion con el art. 1062 de este mismo Código, al que precedentes le reconocimos en la ley 10, tit. 15, Part. 6.ª, según cuyos preceptos desaparecen las dudas que algunos quisieran suscitar acerca de si la venta ordenada en el 2.º apartado del 1619 que comentamos, ha de efectuarse ó no en pública subasta, pues realmente en ellos se previene que en subasta pública se realice.

Art. 1620. Son prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos, conforme á lo que se dispone en el título 18 de este libro.

Contra lo que una antigua y arraigada idea había hecho general, viene este precepto claro y conciso sentando la prescriptibilidad de los censos en el capital y en las pensiones; y el art. 1616 de este Código, desconfiando en extremo de los hombres como desconfió la ley 22, tit. 4.º, lib. 3.º de la Nov. Recop. de Navarra, previene ya el caso, como dicha ley foral previno, ordenando, para evitar que el deudor ocultando los recibos alegue la prescripción, que el censualista tenga facultad de pedir al censatario el resguardo correspondiente de haberle pagado la última pensión, y aquello que indicamos al comentar aquel artículo, prepara perfectamente lo que este artículo 1620, que ahora nos ocupa preceptúa, y se hace comprender bien estudiando el tit. 18 de este mismo libro.

Fundadas en la ley 69 de Toro, se dictaron varias sentencias por el Tribunal Supremo de Justicia, entre ellas, las de 24 Enero y 9 Marzo de 1863, 18 de Enero de 1878 y 30 de Abril de 1883, en las que se estableció que no sólo prescriben las pensiones, sino también el capital censal ó la base de los mismos, bien sea realmente un capital, bien la transmisión del dominio pleno ó del menos pleno; y esta misma es la doctrina sustentada en el artículo que comentamos, sostenida también en casi todos los Códigos modernos, pues se ha hecho universal la idea de que todas las acciones, lo mismo reales que personales prescriben; así lo vemos en los arts. 2262 del Código de Francia, 1696 del de Portugal, 2262 del de Bélgica, 2042 del de Chile, 1826 del del Uruguay, 3221 del de México,

Digitized by Google

3081 del de la Baja California, 3221 del de Campeche, 2135 del de Italia, 1993 del de Veracruz-Llave, y otros.

El Proyecto de 1851, en su art. 1553, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los artr. 1936, 1940, 1957, 1959 y 1963 de este mismo Código.

Este es también otro de los artículos enmendados en esta 2.ª edición, pero no es esencial el cambio, puesto que en la 1.ª se decia: «título de la prescripción» y dichas palabras han sido suplidas en esta edición por las «tit. 18 de este libro», que trata de la prescripción; luego es lo mismo en la esencia.

Art. 1621. A pesar de lo dispuesto en el art. 1110, será necesario el pago de dos pensiones consecutivas para suponer satisfechas todas las anteriores.

Otro artículo enmendado es éste, pero cuya reforma tampoco es sustancial, pues realmente el precepto es el mismo con distintas palabras. Lo esencial es aqui, que á pesar de lo expuesto en el art. 1110 de nuestro Código hoy vigente, es necesario que se acredite el pago de dos pensiones consecutivas para que se supongan satisfechas todas las anteriores; y esto lo previene la primera edición, como lo previene esta segunda, contra lo que en el segundo apartado del artículo 1110 se preceptúa, pues allí se supone que el recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor no hace en él reservas, extingue la obligación en cuanto á los plazos anteriores.

La ley 3.ª, tit. 22, lib. 10 del Código romano, exigía tres pensiones consecutivas.

Art. 1622. El censatario está obligado á pagar las contribuciones y demás impuestos que afecten á la finca acensuada.

Al verificar el pago de la pensión podrá descontar de ella la parte de los impuestos que corresponda al censualista.

De los dos preceptos que contiene este artículo, el primero pudiera dar lugar á alguna duda para los que miran las cosas con demasiada escrupulosidad, pero bien estudiado no ofrece duda alguna, porque el censatario lo mismo en el censo consignativo (que es en el que aparentemente pudiera suscitarse cuestión), que en el enfitéutico, que en el reservativo, siempre es el que posee la finca afecta al censo, y por lo tanto, el que obligado está á pagar el tributo al Estado para las cargas públicas y los demás impuestos que por razón de su dominio procedan. Lo que hay, sí, en el consignativo, es que realmente el capital aparece aquí con un privilegio, el de la exención de tributo; aparece en mejo-

Digitized by Google

res condiciones el censualista consignativo que el prestamista hipotecario, que pagar debe al Estado el tanto por ciento correspondiente á la hipoteca ó al préstamo. Pero esto, en verdad, no puede alterar en manera alguna la regla general sentada en el primer apartado del artículo que comentamos, ni eximir puede del pago de contribución al censatario por la finca que no ha dejado de poseer, y sobre la que se consignó el capital censal; pues dicha finca es lo que era y sigue en su dominio, sin más diferencia que estar gravada con esa consignación como garantía del pago del canon convenido.

Y para que el precepto resulte más equitativo y justo, viene la segunda parte determinando, que de la pensión puede descontarse, al verificar su pago, la parte de impuesto que corresponda al censualista, de manera que con esto queda desvanecida toda cuestión que pudiera surgir hasta en el consignativo; y ese impuesto directo aparecerá siempre una equitativa proporción entre la riqueza imponible que representa los derechos del censatario y del censualista.

Ya de esto se ocupó el Real decreto de 23 de Mayo de 1845, y el Tribunal Supremo de Justicia ha sentado doctrina igual á la en nuestro Código sustentada en varias de sus sentencias, entre las que pueden citarse las de 9 Noviembre de 1863, 16 Setiembre de 1864, etc., etc.; y el art. 1558 del Código de Italia, prescribía algo parecido.

Art. 1623. Los censos producen acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real podrá el censualista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas, y de los daños é intereses cuando hubiere lugar á ello.

Ya dijimos lo que el censo era como contrato y como derecho real al comenzar el estudio de este capítulo; por consiguiente, conforme con lo allí expuesto está el que los censos produzcan acción real sobre la finca gravada, y que además el censualista pueda ejercitar la acción personal para el pago de las pensiones atrasadas, y cuando hubiere lugar á ello, hasta para reclamar la indemnización de daños é intereses. Por lo tanto, basta sentar que el precepto que al presente nos ocupa, es una consecuencia lógica é ineludible de los derechos que nacen del contrato de censo sobre una finca determinada que garantice la cobranza de una pensión ó canon, de la cual nace el *vinculum juris* entre censualista y censatario, que les liga recíprocamente, al cumplimiento de sus mútuas obligaciones, en el dueño de la finca á transferirla al censatario en pleno ó en *menos-pleno* dominio, según sea el censo reservativo ó enfitéutico; en el capitalista, á la consignación del capital sobre la finca gr-

Digitized by Google

tipulada para el censo consignativo; y en el censatario al pago de las pensiones al censualista, cualquiera que sea el censo constituido.

Art. 1624. El censatario no podrá pedir el perdón ó reducción de la pensión por esterilidad accidental de la finca, ni por la pérdida de sus frutos.

Cualquiera que bien conozca la naturaleza del censo comprenderá perfectamente que el censatario no puede pedir perdón ni reducción de la pensión estipulada bajo pretexto de esterilidad accidental de la finca censida, ni por pérdida de sus frutos, porque las cosas se pierden para su dueño, y ya en el censo consignativo donde la cosa no sale de poder y dominio de su dueño el censatario; ya en el reservativo, donde la cosa inmueble pasa en pleno dominio al censatario; ya en el enfitéutico, donde la cosa también pasa al censatario con su dominio útil; en todas ocasiones y bajo todos conceptos el censatario es el que debe ganar y perder lo que la finca produzca, y nadie más que él es responsable de la esterilidad accidental de la finca censida; como lo es el propietario de las eventualidades de las cosas que le pertenecen.

Análogos preceptos vemos en los arts. 1829 del Código del Uruguay, 1559 del de Italia, 2035 del de Chile, y otros Códigos extranjeros; encontrándose en perfecta relación con el 1575 de nuestro Código, según el cual, ni aun al arrendatario se le concede derecho á rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada ó por pérdida de los frutos, proviniente de casos fortuitos ordinarios.

Art. 1625. Si por fuerza mayor ó caso fortuito se pierde ó inutiliza totalmente la finca gravada con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión.

Si se pierde sólo en parte, no se eximirá el censatario de pagar la pensión, á no ser que prefiera abandonar la finca al censualista.

Interviniendo culpa del censatario, quedará sujeto, en ambos casos, al resarcimiento de daños y perjuicios.

Perdida la finca objeto del censo en su totalidad por caso fortuito, no puede menos de estinguirse el censo, por cuanto no hay efecto sin causa, ni contrato sin objeto del mismo; por consiguiente, muere el contrato y cesa el pago de la pensión.

Ahora bien, si solo se pierde parte de la finca, el censatario tiene opción para seguir pagando la pensión ó para abandonar el resto de la cosa al censua-

Digitized by Google

lista; cuyo abandono puede tener lugar lo mismo en los censos enfitéutico y reservativo, que en el consignativo, pues aunque en éste la finca no era del censualista sino del censatario, éste puede entregar al capitalista el resto de la finca en que consignó su capital para seguridad del cobro de la pensión, y con ella reintegrarse del interés de aquél.

De todos modos, cuando, perdida la finca en todo ó en parte, hubiera culpa por parte del censatario, éste quedará sujeto á la indemnización de daños y perjuicios.

Perfectamente relacionado el art. 1625 que de nuestro Código comentamos, con el 151 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde á los arts. 165 de la de Cuba y 159 de las de Puerto Rico y Filipinas, se complementan recíprocamente, pues la duda que pudiera caber en cuanto á la situación en que la finca podría abandonarse por el censatario, la resuelve dicha ley hipotecaria, diciendo que no tendrá derecho á desampararla ni á pedir reducción de pensiones, mientras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que representa el valor de la finca, etc., etc.; cuyas prescripciones están también en relación con las de los arts. 1104 al 1107 y 1575 de este mismo Código.

Vemos concordancias en los artículos 1560 del Código de Italia, 2041 del de Chile, 1835 del del Uruguay, 3230 al 3233, 3284 y 3285 del de México, 3090 al 3093. 3144 y 3145 del de la Baja California, 3230 al 3233. 3284 y 3285 del de Campeche, 2004 del de Veracruz-Llave, y otros; todos los que están conformes en lo esencial, esto es, en que si el predio pereciese por entero, el censatario queda libre del pago de la anualidad; en que si el fundo no se hubiese destruido mas que en parte, no podrá el censatario pretender ninguna disminución del canon cuando la renta producida por la parte que queda, sea bastante para pagarlo por completo; y en que cuando hubiere perecido una parte considerable del predio censido, el censatario podrá entregar dicho predio al censualista si no quiere continuar pagando el canon; habiendo Códigos, como el del Uruguay y el de Chile, que preceptúan que reapareciendo el suelo, aunque solo en parte, revivirá todo el censo, pero nada se deberá por pensiones del tiempo intermedio.

Art. 1626. En el caso del párrafo primero del artículo anterior, si estuviere asegurada la finca, el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, á no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censualista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca.

Digitized by Google

Consecuencia de los anteriores preceptos es el que acaba de consignarse; el seguro que de garantía sirve á la existencia de la finca censida ó acensada objeto del contrato de censo, debe responder de la eficacia del pago de la pensión á que la finca está afecta en virtud del censo sobre la misma constituido; pero al censatario se le deja en libertad de abonar con él el capital y las pensiones vencidas, ó de dedicar dicho seguro á la reconstitución ó reedificación de la finca. Pero como esta facultad, haciéndose abusiva, pudiera perjudicar al censualista, si dedicado el importe del seguro al renacimiento de la finca, no se pagan las pensiones vencidas y no satisfechas, el legislador ha determinado que cuando el censatario no deje el valor del seguro afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, pague éstas, como consecuencia del renacimiento del censo con todos sus efectos; sin perjuicio de que el censualista pueda exigirle al censatario que garantice la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca; lo cual está perfectamente relacionado con lo prescrito en el caso 5.° del art. 111 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde á los arts. 125 de la de Cuba y 119 de las de Puerto Rico y Filipinas.

Concuerda con los arts. 3230, 3284 y 3285del Código de México, 3090, 3144 y 3145 del de la Baja California, 3230, 3284 y 3285 del de Campeche, y otros.

Art. 1627. Si la finca gravada con censo fuere expropiada por causa de utilidad pública, su precio estará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, quedando éste extinguido.

La precedente disposición es también aplicable al caso en que la expropiación forzosa sea solamente de parte de la finca, cuando su precio baste para cubrir el capital del censo.

Si no bastare, continuará gravando el censo sobre el resto de la finca, siempre que su precio sea suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 mas del mismo. En otro caso estará obligado el censatario á sustituir con otra garantía la parte expropiada, ó á redimir el censo, á su elección, salvo lo dispuesto para el enfitéutico en el art. 1631.

La misma tésis sustentada en el anterior artículo, se viene á sustentar aquí, aun que en diferentes términos y bajo causales diversos. Allí, cuando la desaparición ó pérdida de la finca procedia de caso fortuito, el seguro se dedicaba á la garantía del capital censual y de las pensiones, ó á la reconstitución de la finca objeto del censo; aquí cuando la finca es expropiada por causa de utili-

Digitized by Google

dad pública, su precio queda afecto igualmente al pago del capital censual y de las pensiones, quedando extinguido el censo porque su causa y objeto desaparece.

Mas el segundo apartado de este art. 1627 hace extensivo el precepto del primero al caso de expropiación forzosa parcial del inmueble censido, cuando el precio de lo forzosamente vendido alcanza á cubrir el capital del censo; y ésta es una medida de liberación que sigue la tendencia desamortizadora de la época, y que evita la continuación de censos sobre fincas notablemente disminuidas en su valor, y que por consiguiente no se encuentran en las circunstancias y condiciones de la época en que sobre las mismas los censos se constituyeron.

Buena prueba de lo que acabamos de exponer es lo que se expresa en el tercer apartado de este artículo. Según él, cuando no bastare el precio de lo expropiado para cubrir el capital del censo, continuará gravando el censo sobre el resto de la finca, si su precio es suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 más del mismo; porque la ley no quiere el mantenimiento de censos que carezcan de base para sostenerse y para la garantía necesaria de la eficacia del contrato. Tanto es así, que si el resto de la dicha finca no ascendiere cuando ménos al valor que acabamos de expresar, el censatario debe sustituir con otra garantía la porción expropiada ó redimir el censo; á excepción hecha de cuando se distribuye el precio de lo expropiado entre el dueño directo y el útil, recibiendo el dueño la parte del capital del censo proporcional á la parte de finca expropiada, para lo cual se tendrá en cuenta el valor que á todas ellas se dió al constituirse el censo, ó si nada de esto constase, el valor que haya servido de tipo para la redención, correspondiendo el resto al enfitéuta ó abandonando el resto de la finca que queda sin expropiar al dueño directo, casos expuestos en el artículo de referencia.

Mucho podría decirse sobre este particular, pero basta lo dicho para un estudio de esta naturaleza, y mucho más si este art. 1627 y el 1631 de su referencia, se saben relacionar armónicamente con los arts. 39 y 50 de la ley de expropiación forzosa de 10 Enero de 1879, con el [art. 90 del Reglamento de 13 de Junio del mismo año para la ejecución de dicha ley; con el núm. 5 del art. 111 de la ley Hpoitecaria peninsular, y art. 95 del reglamento para su ejecución, cuyas disposiciones transcritas dejamos en el tomo II de esta obra.

Digitized by Google

CAPITULO II.

Del censo enfitéutico.

SECCIÓN PRIMERA.

DISPOSICIONES RELATIVAS Á LA ENFITEUSIS.

Art. 1628. El censo enfitéutico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública.

Expuestas las bases generales sobre que han de girar los contratos de censo, entramos en este capítulo 2.° á tratar detalladamente del censo enfitéutico, que tiene dos secciones, una dedicada á las disposiciones relativas á la enfiteusis, y otra, la 2.ª, que se ocupa de los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis.

Empieza la 1.ª sección por el art. 1628, en el que se deja sentado lo que ya se expuso en los principios generales sobre censos, que el censo enfitéutico solo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública: sobre lo cual nada hay que decir, porque principio es universalmente sentido, y como inconcuso pasó en Roma y en todas las naciones que la noción del derecho conocieron.

No hemos de extendernos en consideraciones acerca de este viejo contrato, cuya necesidad fué principalmente sentida en los pueblos nacientes y primitivos, cuyos beneficios á la agricultura fueron inmensos, cuyas trascendentales consecuencias estamos tocando, cuando la antigua institución, si se nos permite llamarlo, es una llama ya decadente que ya dió todos sus fuegos, un bien que ya no tiene razón de ser en los pueblos civilizados y donde la división del trabajo y de la propiedad se ha regularizado, un sol que toca á su ocaso.

La enfitéusis, cuyo origen etimológico es puramente griego, recuerda su significación que no es otra que la de *siembra*, *planta*, *mejora*), fué en el orden económico social la más fecunda base de la riqueza agrícola, pública y privada, dió origen á la colonización, otorgando una coparticipación en la propiedad al trabajador que no solo le estimuló á la más asidua producción sino que le moralizó, le enaltecio y le inclinó á la conservación del orden público.

Confundida en los primeros tiempos de Roma entre la venta y el arriendo, vino á tratársela especialmente en tiempo del emperador Zenón, fijando sus reglas especiales, por más que al presente lleva data solo del segundo siglo de la Era Cristiana.

Digitized by Google

No hemos de repetir aquí lo que ya dijimos acerca de la división del dominio entre el dueño de la finca dada en enfitéusis y el que la recibe ó censatario al cual pasa el dominio útil reservándose el directo aquél.

Como dijimos al definir el censo, el enfitéutico ó la enfiteusis es el contrato en virtud del cual, el propietario de una finca transfiere el dominio útil á otra persona que se obliga á pagarle una pensión ó canon, conservando el primero el dominio directo. Como derecho real *jus in re*, es el que compete al dueño directo de la cosa para cobrar el canon de aquel en cuyo poder se encuentra la misma. Y en cuanto al enfiteuta, es el derecho que éste tiene de utilizar la cosa censida y disponer del dominio que se le cedió, mediante el pago de la pensión estipulada.

De la *rabasa morta* y los *censos revesejats*, de los *foros* y del *derecho de superficie* nos ocuparemos al tratar de los censos ante el derecho foral.

Debemos llamar la atención de una extensa resolución dictada por la Dirección general del Registro de la Propiedad civil y del notariado, acerca de la inscripción de los dominios directo y útil, fecha 10 de Octubre de 1888, en la cual se declara inscribible el dominio directo, en virtud de documentos presentados, en cuanto á las fincas rústicas que los mismos comprendan como censidas, y deberá inscribirse á continuación del asiento correspondiente, y respecto de las fincas urbanas abriendo á cada una un registro especial en el que se haga constar que el dominio útil corresponde á los poseedores de las fincas, cuyo dominio pleno aparece inscrito en el Registro á favor de otras personas.

También son dignas de mencionarse varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia sobre este particular, muy especialmente las de 30 de Enero y 20 de Abril de 1888, en la primera de las cuales se sienta la doctrina, como en el art. 1628 que comentamos de que, según las leyes 3.ª, tit. 14, Part. 1.ª y 25, tit. 8.º, Part. 5.ª, los censos enfitéuticos deben constituirse por escritura pública, sin que esto impida la prueba de su establecimiento por otros medios de los que el derecho admite, como el reconocimiento del expresado censo en escritura pública, etc., etc.

Art. 1629. Al constituirse el censo enfitéutico se fijará en el contrato, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse.

Este es un precepto de buen sentido, cuyo cumplimiento conviene á los contrayentes y al Tesoro público: á los primeros para evitar en lo sucesivo las dificultades que para capitalizar se presentan cuando se intenta la redención de censos, en los que antiguamente no se había prefijado el valor de la finca

Digitized by Google

ni de la pensión; y al Tesoro, para la percepción segura y justa del impuesto sobre transmisión de derechos. Están interesados ambos en cumplir tal precepto; y ya se vió iniciada esta idea en la ley 23, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y cuya fiel observancia hubiera evitado muchos pleitos.

Concordancias vemos en los arts. 1656 del Código de Portugal, última parte del art. 1556 del de Italia, 3242 al 3244 del de México, 3102 al 3104 del de la Baja California, 3242 al 3244 del de Campeche, y otros.

Art. 1630. Cuando la pensión consista en una cantidad determinada de frutos, se fijarán en el contrato su especie y calidad.

Si consiste en una parte alícuota de los que produzca la finca, á falta de pacto expreso sobre la intervención que haya de tener el dueño directo, deberá el enfiteuta darle aviso prévio, ó á su representante, del dia en que se proponga comenzar la recolección de cada clase de frutos, á fin de que pueda, por sí mismo ó por medio de su representante, presenciar todas las operaciones hasta percibir la parte que le corresponda.

Dado el aviso, el enfiteuta podrá levantar la cosecha, aunque no concurra el dueño directo ni su representante ó interventor.

También es de interés de los contratantes que si la pensión consiste en una cantidad determinada de frutos se fijen su especie y calidad, porque de no verificarse así, sería imposible el cumplimiento del contrato. Es más, podría consistir en una parte alícuota de lo que la finca produzca, y en tal caso si no se pactó expresamente sobre la intervención que hubiere de tener el dómino directo, deberá el enfiteuta darle aviso previo, ó á su representante, del dia en que se proponga comenzar la recolección de cada fruto, que es lo que hacen los colonos aparceros en las provincias del Norte, y en las rabasas de este país catalán, para que así pueda por sí mismo el dueño, ó por medio de su representante, presenciar todas las operaciones hasta percibir la porción correspondiente de cada uno de ellos, y una vez dado el aviso, puede el enfiteuta levantar las cosechas, con su concurrencia ó sin ella.

Art. 1631. En el caso de expropiación forzosa se estará á lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1627, cuando sea expropiada toda la finca.

Si sólo lo fuere en parte, se destribuirá el precio de lo expropiado entre el dueño directo y el util, recibiendo aquél la parte

Digitized by Google

del capital del censo que proporcionalmente corresponda á la parte expropiada, según el valor que se dió á toda la finca al constituirse el censo, ó que haya servido de tipo para la redención, y el resto corresponderá al enfiteuta.

En este caso continuará el censo sobre el resto de la finca, con la correspondiente reducción en el capital y las pensiones, á no ser que el enfiteuta opte por la redención total ó por el abandono á favor del dueño directo.

Cuando, conforme á lo pactado, deba pagarse laudemio, el dueño directo percibirá lo que por este concepto le corresponda solo de la parte del precio que pertenezca al enfiteuta.

Este artículo, por su claridad y por su naturaleza, no necesita comentario, mucho menos después de lo expuesto al comentar el art. 1627, del que es verdadero complemento. La ley hipotecaria y la de expropiación forzosa allí citadas, con sus respectivos reglamentos, resuelven cualquier duda que sobre los preceptos de uno y otro artículo pudiera suscitarse; y por más que algunos sostienen que dado el carácter especial del censo enfitéutico en que el dueño conserva el dominio directo de la finca censida al propio tiempo que el enfiteuta tiene el dominio útil, debiera concedérsele al anfiteuta el derecho de redimir el censo, y si á esto no alcanzase el importe percibido, entregarse lo recibido al dueño, rebajando dicha cantidad del capital censal; el legislador, con mejor acuerdo en nuestro concepto, determina que el precio de lo expropiado se distribuya entre el dueño directo y útil, recibiendo el primero la parte proporcional del capital que corresponda á la expropiada, según el valor que á la finca se dió al constituirse el censo, ó que haya servido de base para la redención, correspondiendo al enfiteuta lo restante; en cuyo caso continúa el censo, como si se hubiera efectuado una novación de contrato, tan sólo en la parte á que se hubiera reducido el capital censal ó finca censida, con análogas reducciones de la pensión ó pensiones proporcionalmente correspondientes, á no ser que el enfiteuta opte por la total redención ó por el abandono de la finca acensuada al dominio directo.

Respecto del laudemio que se deba pagar conforme á la convención realizada, hay que hacer presente que el dueño directo percibe sólo por tal concepto lo que le corresponda del precio que al enfiteuta pertenezca, porque como la expropiación no ha sido voluntaria ni total y ya el dueño cobró del precio de la expropiación lo que proporcionalmente al capital censal le correspondía, no puede percibir por laudemio mas que el tanto correspondiente al resto que se le deba adjudicar al censatario ó enfiteuta, pues él no puede pagarse asimismo de lo que por su parte de capital censal le correspondió.

Digitized by Google

Además que el laudemio en las ventas forzosas parece estar en contradicción con lo que su etimológico origen significa, *laudare*, *aprobar*, *dar beneplácito*, *aplaudir*, lo que realmente no se ha efectuado voluntariamente. Pero de todos modos, el laudemio es el premio de ese beneplácito por la transferencio ó traspaso del dominio útil que el enfiteuta hace á un tercero, á persona distinta de la que estableció ó del dueño directo, y como que en la venta forzosa de parte de la finca no se transfiere realmente la cosa á quien deba pagarlo, ni el precio pasa todo al enfiteuta, de aquí el que no se le conceda al dueño directo mas que sobre la parte del precio que reciba el enfiteuta.

Art. 1632. El enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones.

Tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfitéutica.

Consecuencia de la propia naturaleza de la enfiteusis es que haga el enfiteuta suyos los productos de la finca y sus accesiones, y que tenga los mismos derechos que el verdadero propietario disfruta cuando conserva la plena propiedad, tanto en los tesoros como en las minas que se descubran en la finca enfitéutica porque al dómino directo le queda sólo el reconocimiento de tal dominio mientras el enfiteuta paga corrientemente la pensión estipulada.

Vemos alguna analogía en distintas disposiciones del antiguo derecho, entre otras, en las leyes 25.ª, tit. 1.º, lib. 22; 10.ª, 32.ª y 65.ª, tit. 3.º, lib. 23 del Dig.; y en relación está el precepto que nos ocupa al presente con los arts. 351 al 354 de este mismo Código.

Concuerda con los artículos 1673 del Código de Portugal, 1561 del de Italia, 3266 del de México, 3126 del de la Baja California, 3266 del de Campeche y otros; en todos los cuales se ve la idea de que el enfiteuta debe usufructuar el predio y disponer de él como cosa propia, salvas las restricciones de la ley; siendo enteramente idéntico al nuestro el artículo que dejamos citado del Código de Italia.

Art. 1633. Puede el enfiteuta disponer del predio enfitéutico y de sus accesiones, tanto por actos entrevivos como de última voluntad, dejando á salvo los derechos del dueño directo, y con sujeción á lo que establecen los artículos que siguen.

Conocida la naturaleza de la enfiteusis, se comprende bien la razón del precepto que acabamos de consignar, porque no faltando al dueño directo la

Digitized by Google

pensión que como derecho real gravita sobre la finca censida, y á cualquiera que la posea puede exigirle, y pagándole el laudemio correspondiente por cada transmisión, incólumes quedan todos los derechos del estabiliente, y libremente ejerce los suyos el enfiteuta. Por esto él, puede vender, hipotecar y gravar con servidumbres la finca censida, como podia hacerse conforme á lo prescrito por el derecho romano y por nuestro antiguo derecho; como hacerse puede en virtud de las legislaciones forales de Aragón, Cataluña y Navarra, si bien todos esos derechos tienen sus limitaciones, y en este nuestro Código los veremos á continuación.

Precedentes encontramos en las leyes 71, párrafos 5.° y 6.°, tit. 1.°, lib. 30; 10, tit. 2.°, lib. 10 del Digesto; 29, tit. 8.°, Part. 5.ª y otras disposiciones; encontrándose en perfecta relación el precepto que de nuestro Código al presente comentamos con el del art. 594 del mismo Código, en el que se previene que no puede establecerse servidumbre perpétua voluntaria sin el consentimiento de ambos dueños en la finca cuyo dominio directo corresponde á una persona, y á otra el dominio útil. Y el art. 109 de la ley hipotecaria (véase pág. XLII del 2.° tomo), determina bien claramente que el poseedor de bienes sujetos á condiciones resolutorias pendientes, podrá hipotecarlos ó enajenarlos siempre que quede á salvo el derecho de los interesados, etc.. etc., cuya doctrina es aplicable á los bienes poseidos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente á favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes.

Concuerda con los arts. 1673 del Código de Portugal, 1562 del de Italia, 3271 y 3272 del de México, 3131 y 3132 del de la Baja California, 3271 y 3272 del de Campeche, y otros.

Art. 1634. Cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la finca enfitéutica, no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo.

Este precepto es una verdadera excepción á la regla sentada en el anterior, y se comprende perfectamente, porque como tal censo tendria algo de parceria, y esa parte en los frutos de que ha de disfrutar el dueño directo en tal caso disminuiria, no puede imponerse dicha servidumbre sin el consentimiento expreso del dueño directo, que ya no recibe solo la pensión como reconocimiento de su derecho, sino que está interesado en que la pensión no disminuya, como disminuiria indudablemente la parte alicuota determinada; y por ello es imposible que se constituya carga que disminuya ó merme la proporcionalidad indicada sin ese requisito del dueño directo; lo cual se relaciona bien con el art. 596 antes indicado de este mismo Código.

Digitized by Google

Art. 1635. El enfiteuta podrá donar ó permutar libremente la finca, poniendolo en conocimiento del dueño directo.

Ya lo hemos dicho antes al comentar el art. 1633, puede el enfiteuta vender, hipotecar, donar, permutar la finca censida, pero si la enfiteusis se constituye por tiempo determinado, los derechos reales constituidos sin el consentimiento del dueño, caducarán al extinguirse la enfiteusis.

El art. 3272 del Código de México, como igual artículo de Campeche, y el 3132 del de la Baja California, preceptúan que el enfiteuta puede donar ó cambiar libremente el predio; pero en este caso deberá el cesionario hacerlo saber al dueño dentro de 60 dias contados desde aquel en que se hizo la cesión, mientras que el art. 1677 prescribe que el censuario puede donar ó cambiar libremente el predio, pero en este caso deberá hacerlo saber al dueño directo en el plazo de 60 dias, contados desde el acto de la transmisión, y si así no lo hiciere, quedará solidariamente responsable, con el cesionario para el pago de las prestaciones.

Art. 1636. Corresponden reciprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan ó den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica.

Esta disposición no es aplicable á las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública.

Se deja comprender bien pronto el objeto de este precepto sin más que leer su primer apartado; pero si esto no fuese bastante, la idea quedaría complementada por la segunda parte de dicho artículo, y si aun esto fuese poco bastaría leer la sentencia de 24 Octubre de 1888, en que el Tribunal Supremo sienta igual doctrina.

Facilitar la consolidación de la propiedad uniendo el dominio directo y útil en una misma persona, es lo que se ha propuesto aquí muy atinadamente el legislador. Y al efectuarlo, se aleja de las preferencias entre uno y otro dueño, para sentar la tésis de la reciprocidad, como que recíprocos y correlativos deben ser siempre los derechos y obligaciones de cuantos confluyan con su voluntad expresa al otorgamiento de un contrato.

Si el dueño directo se ve en la necesidad de vender ó dar en pago por un tanto su derecho dominical, más natural es que por el tanto mismo vaya aquel derecho al dueño útil; y sobre ser más natural, económicamente considerado, es más correcto y más conveniente á los mismos particulares y al desarrollo de la riqueza pública, como lo sería en el caso en que el dueño útil tuviera que vender ó dar en pago su dominio, lo adquiriese el dómino directo por el

Digitized by Google

tanto de su extraño. Y como en las enajenaciones forzosas no cabe esa unión de ambos dominios, por eso no es aplicable á ellas tal precepto.

Precedentes encontramos en la ley 28, tit. 8.°, Part. 5.ª; y en relación está con el art. 38 de la ley hipotecaria peninsular, los arts. 63 en su regla 13, 432, 461, 1618 al 1630 de la ley de Enjuiciamiento civil, así como con el art. 1521 de este mismo Código; y en el Proyecto de ley de Foros de 18 Marzo de 1877 vemos propuestos preceptos análogos.

Art. 1637. Para los efectos del artículo anterior, el que trate de enajenar el dominio de una finca enfitéutica deberá avisarlo al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, ó en que pretenda enajenar su dominio.

Dentro de los veinte dias siguientes al del aviso podrá el condueño hacer uso del derecho de tanteo, pagando el precio indicado. Si no lo verifica, perderá este derecho y podrá llevarse á efecto la enajenación.

Indudable es que para que pueda tener efecto el art. 1636, á fin de que no sea ilusoria esa facultad recíproca del dueño directo y el útil para hacer uso del derecho de tanteo y de retracto, se hace indispensable que el enfiteuta dé aviso al dueño, declarándole el precio que por la finca enfitéutica se le ofrezca, ó aquel en que pretenda enajenar su dominio útil, pues solo así es factible el tanteo y el retracto, pero una vez que el aviso se dió, transcurridos que sean los veinte dias siguientes al del aviso, sin que el dueño haya hecho uso del derecho de tanteo, depositando el precio, es también de justicia, que quede el enfiteuta en libertad de realizar la enajenación con el extraño.

Necesariamente había de señalarse un término, y si bien se señaló el de dos meses por la ley 28, tit. 8.°, Part. 5.ª, como lo había prefijado antes la ley 3.ª, tit. 66, lib. 4.° del Código Justinianeo, siendo entonces razonable un mayor plazo, por la poca facilidad de comunicaciones, y hasta por las dificultades de proveerse de fondos metálicos en corto tiempo, dado el quietismo del capital en aquella época, hoy, que el sistema hipotecario y el crédito del que se vive en grande escala, facilitan los cambios y la repentina provisión de fondos, es bastante el plazo de 20 dias por nuestro Código adaptado.

Concordancias vemos en el primer apartado del art. 1678 del Código de Portugal, 3275 del de México, 3135 del de Veracruz-Llave, 3275 del de Campeche, y otros; si bien éstos señalan el plazo de treinta dias; y en el art. 17 del Proyecto de ley de Foros de 18 Marzo de 1877, se propuso un precepto análogo.

Art. 1638. Cuando el dueño directo, ó el enfiteuta en su

Digitized by Google

caso, no haya hecho uso del derecho de tanteo á que se refiere el artículo anterior, podrá utilizar el de retracto para adquirir la finca por el precio de la enajenación.

En este caso deberá utilizarse el retracto dentro de los nueve dias útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta. Si ésta se ocultare, se contará dicho término desde la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad.

Se presume la ocultación cuando no se presenta la escritura en el Registro dentro de los nueve dias siguientes al de su otorgamiento.

Independientemente de la presunción, la ocultación puede probarse por los demás medios legales.

Nuestro Código concede dos derechos, el de tanteo y el de retracto; el primero antes de elevar el contrato á escritura pública; el segundo después del otorgamiento de ésta; y como el concepto jurídico de cada uno de ellos es sobradamente cónocido, no hay que repetir aquí lo que perfectanente explicado se encuentra en Laserna, Gutierrez, Pothier, Vives y otros varios tratadistas de derecho.

El retracto de que se ocupa este artículo, ha de utilizarse dentro de los nueve dias siguientes útiles al del otorgamiento de la escritura, término que quizá será demasiado corto, pero que la seguridad de la contratación lo justifica, por cuanto la laxitud del término del retracto traeria la zozobra y la intranquilidad en la quieta y pacífica posesión del que compró una finca, y son mucho más perturbadores los efectos de una retracción que los de la competencia de compradores, que á lo más puede llevar consigo un simple tanteo: éste previene y dá la preferencia en igules casos al condómino; el retracto destruye la convención ya realizada, anula lo que era perfectamente válido, corta una relación jurídica ya establecida, conculca derechos ya adquiridos y mata la contratación cercenando bastante la libertad de la propiedad; por lo que el plazo es limitadísimo, ya que por la liberación se sostiene entre condóminos.

Pero aquí hay que tener en cuenta dos cosas; cuando la contratación se hizo noblemente, á sabiendas de todos, basta que el término se utilice, desde la fecha siguiente á la de la escritura de venta; cuando por el contrario, esa venta se ocultó, el plazo no corre, ni puede correr, hasta la inscripción en el Registro de la propiedad, porque realmente hasta entonces no es auténticamente pública. Por esto nuestro Código previene que la ocultación se presume cuando dentro de los nueve dias siguientes al otorgamiento de la escritura no

Digitized by Google

se ha presentado ésta al Registro, cuya presunción legal aquí establecida evitará muchos litigios, sin que esto cierre la puerta á los demás medios legales de probar la ocultación.

Precedentes encontramos en las leyes 55.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª; 8.ª y 11.ª, tit. 13 lib. 10 de la Novísima Recopilación: y en relación está el precepto que nos ocupa con el art. 606, en virtud del cual los títulos de dominio ó de otros derechos reales que no estén deliberadamente inscritos en el Registro, no perjudicarán á tercero; en los 1249 al 1251 que tratan de las presunciones legales, y 1524 de este mismo Código, según el cual no podrá ejercitarse el derecho de retracto sino dentro de los nueve días, contados desde el requerimiento notarial: como se relaciona perfectamente con el contenido de los arts. 23 al 25, 27 y 28 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponden á los arts. 31 al 33, 35 y 36 de la de Cuba, 32 al 34, 36 y 37 de las de Puerto Rico y Filipinas; y con los arts. 1618 y 1620 de la ley de enjuiciamiento civil vigente, en la que se señala como primer requisito para admitir la demanda de retracto, que se interponga dentro de los primeros nueve días desde el otorgamiento de la escritura, y que caso de haberse ocultado esta venta maliciosamente, se cuenten desde que el retrayente haya tenido conocimiento de ella, cuya malicia se deduce de la falta de inscripción.

Art. 1639. Si se hubiese realizado la enajenación sin el previo aviso que ordena el art. 1637, el dueño directo, y en su caso el útil, podrán ejercitar la acción de retracto en todo tiempo hasta que transcurra un año, contado desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la propiedad.

Castigo justo al enfiteuta ó al dueño que falta á su obligación de avisar al dueño de la finca censida, ó viceversa, contiene este precepto. Si no se dió el aviso á que se refiere el art. 1637 de este Código, el dueño directo (si el enfiteuta es el enajenante), ó el útil (si lo fué aquél), podrá ejercitar recíprocamente la acción de retracto en todo tiempo, hasta que transcurra un año, que se contará desde que la enajenación se inscriba en el Registro: de manera, que cuanto mas se tarde en inscribir, mas largo plazo tendrá el retractante. De este modo podrá evitarse el incumplimiento de la ley.

Alguna relación se ve entre el precepto que nos ocupa y el art. 28 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde al art. 36 de las de Cuba y Puerto Rico y 37 de la de Filipinas; puesto que en dichas leyes se considera como fecha de la inscripción la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma. Y el párrafo 3.º del art. 17 del Proyecto de la ley citada de Foros, proponía algo parecido.

Digitized by Google

Art. 1640. En las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro del término fijado en los edictos para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta, y del de retracto dentro de los nueve dias útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura.

En este caso no será necesario el aviso prévio que exige el art. 1637.

Hemos de empezar el comentario por donde el art. 1640 termina, sin que esta sea una implícita crítica á la razón del método en su redacción empleado.

Inconcuso es que en las ventas judiciales de fincas enfitéuticas es innecesario el aviso que impone el art. 2637 de este Código, porque como todas ellas se anuncian y verifican en pública subasta, de aquí el que no pueda desconocer el retrayente la venta. Y dicho se está que si particularmente lo mismo el dueño útil que el directo puede reciprocamente ejercitar el derecho de tanteo y el de retracto, no habia razón alguna para que esa facultad desapareciese con las formalidades de la venta judicial, pues las fincas censidas no cambian en su naturaleza, ni la relación jurídica existente entre censualista y censatario puede desaparecer por el mero hecho de una forma de venta: desaparecerá la razón del aviso de que por su publicidad se hace innecesario dar á conocer á los interesados, pero ni desaparece la razón de su derecho, ni éste se destruye porque la venta sea judicial, y esto mismo sucede en este país con la fádiga en las ventas judiciales que se realizan para satisfacer deudas del enfiteuta, pues el dueño directo puede ejercitar su derecho de fádiga, adquiriendo por el tanto el dominio útil de su finca; lo cual se encuentra perfectamente tratado en Tos sobre la cabrevación, y en Vives núm. 4.° al tit. 30, lib. 4.°, vol. 1.° de las Constituciones de Cataluña; como se ven en el derecho aragonés *De jure emphitéutico*; y en los Fueros de Navarra; de todos los que nos ocuparemos al tratar del derecho foral

Concordancias vemos en los arts. 3277 del Código de México, 3137 del de Veracruz-Llave, 3277 del de Campeche y otros.

Art. 1641. Cuando sean varias las fincas enajenadas sujetas á un mismo censo, no podrá utilizarse el derecho de tanteo ni el de retracto respecto de unas con exclusión de las otras.

Es de pura sinderesis este precepto; el censo es uno como contrato, es uno como derecho real, es uno como derecho personal? pues no puede dividirse

Digitized by Google

para los efectos del tanteo y del retracto, porque sean varios los fines sobre que esté afecto, porque bajo este concepto se consideran todas ellas como unidad; y si unidad fueron para la constitución del censo, no pueden ménos de serlo para el tanteo y para el retracto, porque en todas ellas en común conserva el censualista el dominio directo, y el censuario ó enfiteuto el dominio útil.

El Código de Portugal, en su art. 1680, tiene un precepto análogo; cuando se hallan incluidos, dice, en el enfitéusis diversos predios, no podrá el dueño directo preferir unos y rehusar otros; lo cual expone después de tratar de las ventas de las fincas censadas, y de las preferencias que el dueño directo ó en censuario tienen para consolidar la propiedad, después de negarle esa preferencia en las expropiaciones forzosas por causas de utilidad pública; después de declarar inaplicable esa preferencia á las entidades jurídicas, etc., etc.: mientras que los arts. 3281 del Código de México, 3141 del de la Baja California y 3281 del de Campeche, preceptuan bien claramente que: siendo varios los predios en que estuviere constituida la enfiteusis, no podrá ninguno de los contratantes optar unos y rechazar otros en caso de tanteo, sino que deberá verificarlo respecto de todos.

Art. 1642. Cuando el dominio directo ó el útil pertenezca *pro indiviso* á varias personas, cada una de ellas podrá hacer uso del derecho de retracto con sujeción á las reglas establecidas para el de comuneros, y con preferencia del dueño directo, si se hubiese enajenado parte del dominio útil, ó el enfiteuta, si la enajenación hubiese sido del dominio directo.

Aun que prescindiérase de recordar lo que se dijo al estudiar el dominio proindiviso ó de varias personas en comun, la propiedad en comunidad ó indiviso, saltaría á la razón del que lógicamente discurriere, que si razones de equidad y de justicia aconsejan el retracto y el tanteo entre dominio directo y el útil, con mayor motivo lo han de aconsejar entre dos personas que tengan una coparticipación en el dominio útil, ó varias que la tengan en el dominio directo, estableciendo una preferencia dentro de la otra preferencia. Principios económico sociales imponen que en las ventas efectuadas por el enfiteuta, sea preferido á un extraño, el dueño útil; pues bien, los mismos principios imponen otra preferencia en favor del coenfiteuta sobre el dueño directo, ó viceversa.

En perfecta relación está el precepto que comentamos con los arts. 1521 y 1522 de este mismo Código, no hemos de detenernos más á explicar un precepto tan claro y que todos comprenderán perfectamente.

Ya el Proyecto de ley de Toro en el párrafo 3.º de su art. 15, proponía un

Digitized by Google

precepto análogo; pues según aquél, la misma acción de tanteo y de retracto pertenecerá al coforero para incorporar á su parte del predio aforado la que venda cualquiera de sus consortes, etc., etc.

Art. 1643. Si el enfiteuta fuese perturbado en su derecho por un tercero que dispute el dominio directo ó la validez de la enfiteusis, no podrá reclamar la correspondiente indemnización del dueño directo, si no le cita de evicción conforme á lo prevenido en el art. 1481.

Tampoco acerca de este precepto tendremos que detenernos en explicaciones, porque la evicción de que responde el dueño directo al enfiteuta, están en parecidas, sino idénticas, condiciones que la del vendedor con relación al comprador; y por ello, así como este no puede exigir indemnización alguna al vendedor, cuando al ser perturbado en su quieta y pacífica tenencia no le cita de evicción en la forma que previene el art. 1481, así mismo, tampoco el enfiteuta perturbado en su derecho por un tercero que dispute el dominio directo ó la validez de la enfitéusis, podrá reclamar del dómino directo indemnización alguna, sino ha tenido lugar la oportuna citación de evicción.

En relación está este artículo con los arts. 1475, 1478, 1480 al 1482 de este mismo Código, cuyos textos no hemos de repetir aquí, porque comentados quedaron ya en su lugar, según puede verse; relacionándose así mismo con los artículos 530, 681 y demás concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil.

Concuerda en lo esencial,con los arts. 1674 del Código de Portugal, 3267 del de México, 3127 del de la Baja California, 3267 del de Campeche y otros; todos los cuales abundan en la idea de que si el enfiteuta fuera perturbado en su derecho por tercero que dispute el dominio directo y la validez del censo, deberá denunciar el pleito al dueño, y si no lo hiciere, no tendrá acción contra éste por los daños y perjuicios que sufra en el juicio de evicción.

Ar. 1644. En las enajenaciones á título oneroso de fincas enfitéuticas, sólo se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis.

Si al pactarlo no se hubiera señalado cantidad fija, ésta consistirá en el 2 por 100 del precio de la enajenación.

En las enfiteusis anteriores á la promulgación de este Código que estén sujetas al pago de laudemio, aunque no se haya pactado, seguirá esta prestación en la forma acostumbrada, pero no excederá del 2 por 100 del precio de la enajenacion cuando no se haya contratado expresamente otra mayor.

Digitized by Google

Fíjase aquí de una manera clara y terminante la cantidad que en caso necesario ha de pagarse por laudemio, en cada enajenación ó traspaso á título oneroso de la finca enfitéutica: y aun que varios han sido los tipos fijados según las épocas, según las regiones, y según que el establecimiento procediese de eclesiásticos ó de legos, como veremos principalmente al tratar del derecho foral, es lo cierto que la necesidad impone su fijación, y que el señalado en este artículo, es bastante razonable, pues para pagar simplemente el asentimiento y beneplácito de la enajenación, basta el 2 por 100 que aquí se determina para las sucesivas enfitéusis que se establezcan, si expresamente no se pacta otra cosa; como á dicho tipo debe reducirse los laudemios en las enfitéusis anteriores á la promulgación de este Código, cuando no se haya contratado expresamente otra mayor.

De modo que debemos diferenciar dos séries de enfitéusis; las nuevas, ó sean las establecidas con posterioridad á la promulgación de este Código; y las viejas enfitéusis, ó sean las anteriores á dicha promulgación.

En las que con arreglo á este Código se establezcan, para que haya laudemio, es preciso que se pacte así expresamente, y si al pactarlo no se señalase cantidad fija ó tipo del laudemio, se abonará cuando llegue el caso, por derecho de laudemio, el 2 por 100 del precio de la enajenación.

En las viejas enfiteusis, que, aun sin haberse pactado expresamente á su constitución el pago del laudemio, por su naturaleza están sujetas á él, seguirá con dicha prestación en la forma acostumbrada, pero no excederá del 2 por 100 del precio de la enajenación cuando no se haya contratado otra mayor. Modifícase por lo tanto la antigua legislación en este punto, y trázase una divisoria entre el nuevo derecho y las antiguas disposiciones legales.

La cincuentena parte del precio de la enajenación fijaban como laudemio las leyes 29, tít. 8.°, Part. 5.ª; 12, 22 y 24, tít. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación; más el art. 7.° de la ley de 3 de Mayo de 1823 se concibió casi en idénticos términos esenciales que el artículo que de nuestro Código al presente nos ocupa.

Conforme con lo expuesto en el art. 1644 que comentamos, se dictaron varias sentencias por el Tribunal Supremo, entre las cuales encontramos una muy notable, fecha 25 de Enero de 1889, que nos ha llamado la atención por referirse á una respetable casa de esta capital, y en la que se sienta como buena doctrina que el laudemio es exigible cuando hay verdadera transmisión de la finca censida, pero no cuando formando parte de una razón social se aporta en el mismo concepto á la constitución de la sociedad como se hizo con la Fábrica de pianos de la calle de Poniente, n.° 22, de Bernareggi G. y C.ª

Art. 1645. La obligación de pagar el laudemio corresponde al adquirente, salvo pacto en contrario.

Digitized by Google

Es indudable que la obligación de pagar el laudemio corresponde al adquirente de la finca censida, salvo pacto en contrario; así ha venido observándose siempre ante la ley general, que en vigor ha estado en España, por más que en esta región catalana, sea tal pago una obligación del que enajena, como expondremos en tiempo oportuno; pero nosotros encontramos más procedente que lo pague el adquirente, porque á él conviene el contrato desde que lo contrajo, y porque la efectividad del pago es más fácil obtenerla en el adquirente, y por tener más de real que de personal tal derecho.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 66, lib. 4.º del Código Justinianeo; 29, tit 8.º, Part. 5.ª, y 12, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Concordancias vemos en el art. 1698 del Código de Portugal; en cambio en los arts. 3240 del Código de México, 3100 del de la Baja California, 3250 del de Campeche y otros Códigos extranjeros, se prohibe terminantemente imponer al enfiteuta el gravámen llamado laudemio, y se considera nulo de pleno derecho todo pacto que se celebre para asegurar el cobro del mencionado gravámen ó de cualquiera otro fuero de la pensión.

Nosotros, sin embargo, creemos que admitida la enfitéusis, encuéntrase justificado el pago del laudemio, porque realmente esta es la única verdadera retribución para el dueño, toda vez que la pensión es, más que un rédito, una insignificante señal de reconocimiento de su dominio directo: sin que pueda alegarse en apoyo de la supresión del laudemio, el diferente valor de la cosa, porque si efectivamente, la cosa dada en enfitéusis, al constituirse éste tenía poco valor, porque generalmente era inculta, tenía que ser necesariamente fructífera por el trabajo del enfiteuta, que es para lo que se estableció; y el estabiliente como el censuario conocían dichas condiciones, como conocían que el uno permanecía en el dominio directo de la finca, y al otro pasaba el dominio útil, con las condiciones estipuladas; y si los dos dominios forman la plena propiedad, y si consolidada ésta en una sola persona, para ésta hubieran sido las ganancias y las pérdidas, y el aumento del valor que el transcurso del tiempo y las modificaciones sociales se experimentan; no se comprende por que cuando esa propiedad se halla dividida en su dominio directo y en útil, y no han de tener ambos participación en el beneficio, mucho más cuando la pérdida de la cosa extingue el censo.

Art. 1646. Cuando el enfiteuta hubiese obtenido del dueño directo licencia para la enajenación ó le hubiese dado el aviso prévio que previene el art. 1637, no podrá el dueño directo reclamar, en su caso, el pago del laudemio sino dentro del año siguiente al dia en que se inscriba la escritura en el Registro de la propiedad. Fuera de dichos casos, esta acción estará sujeta á la prescripción ordinaria.

Digitized by Google

Nuestro Código ha querido distinguir el caso en que el enfiteuta obtenga licencia del dueño directo para la enajenación de la finca censida, ó el de que le hubiera dado el aviso que previene el art. 1637, del en que ni siquiera hubiese contado para nada con el referido dueño, y así como en esos dos casos que el enfiteuta cumplió con su deber y con la nobleza de un hombre honrado, el dueño directo no tiene para reclamar el laudemio más plazo que el de un año desde el dia en que se inscriba la venta en el Registro de la propiedad; en caso contrario, conserva su acción para reclamar sin otra traba que la de la prescripción ordinaria, facilitándole su exacción: y según ya hemos dicho varias veces, para casos como el presente deberá tenerse en cuenta el precepto del art. 28 de la ley Hipotecaria ya citada, según la cual se considera como fecha de la inscripción la del asiento de presentación.

Art. 1647. Cada veintinueve años podrá el dueño directo exigir el reconocimiento de su derecho por el que se encuentre en posesión de la finca enfitéutica.

Los gastos de reconocimento serán de cuenta del enfiteuta, sin que pueda exigírsele ninguna otra prestación por este concepto.

Manera es esta de interrumpir la prescripción, de la cual, aunque bajo otro nombre se venia usando en esta región catalana, pues la cabrevación no es otra cosa que ese reconocimiento que el enfiteuta hace de que la finca de cuyo dominio útil disfruta en favor del dómino directo que conserva su derecho, á fin de que esa acción real que el mismo tiene en la finca censida no prescriba, de conformidad con lo prevenido en el art. 1963 de este mismo Código.

El art. 1563 del Código de Italia determina que cada 29 años podrá el cedente exigir el reconocimiento de su propio derecho, por el que se encuentre en posesión del predio enfitéutico, y que no se deberá ninguna prestación para el acto de reconocimiento, pues los gastos del mismo serán de cuenta del poseedor del predio.

Art. 1648. Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución:

1.° Por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos.

2.° Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato ó deteriora gravemente la finca.

No es nuevo este precepto: al constituir la enfiteusis habia de procurarse necesariamente el cedente medios de evitar que apesar del incumplimiento del

Digitized by Google

enfiteuta, continuare éste disfrutando de la finca censida; y con tal objeto se declaró ya en la ley 2.ª, tít. 66, libro 4.º del Código Justinianeo, que caia en comiso dicha finca, y el dueño directo podria reclamar la devolución, si el enfiteuta dejaba de pagar el canon.

La ley 28, tít. 8.º, Part. 5.ª, como después la Novísima Recopilación, prevevenia que la finca censida caia en comiso si el enfiteuta dejaba de pagar el canon por tres años entre seglares, y dos si era la iglesia la estabiliente, ó si no se purgaba la tardanza dentro de los diez dias siguientes, cuyo último plazo se dió por la dureza extremada que veian en el comiso.

Nuestra ley Hipotecaria peninsular, en su art. 118, que corresponde al 132 de la de Cuba y al 126 de las de Puerto Rico y Filipinas, preceptúa que cuando un predio dado en enfiteusis caiga en comiso con arreglo á las leyes, pasará al dueño del dominio directo con las hipotecas y gravámenes reales que le hubiera impuesto el enfiteuta; pero quedando siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo; de manera que no cabe más armónica complementación que la que se observa entre ambas disposiciones; y el artículo 1565 del Código de Italia no puede estar más conforme con nuestro Código y nuestra ley Hipotecaria, si bien es todavia más minucioso.

Concuerda también con los arts. 1672 y 1681 del Código de Portugal, 3263, 3265 y 3278 del de México, 3123, 3125 y 3138 del de la Baja California, 3263, 3265 y 3278 del de Campeche y otros.

Art. 1649. En el caso primero del artículo anterior, para que el dueño directo pueda pedir el comiso, deberá requerir de pago al enfiteuta judicialmente ó por medio de Notario; y, si no paga dentro de los treinta dias siguientes al requerimiento, quedará expedito el derecho de aquel.

Nuestra antigua legislación no prevenia cosa alguna acerca del requerimiento; y en la ley 28, tít. 8.º, Part. 5.ª, se preceptuaba lo que en el lenguaje usual significa, que desde que deje de pagar el enfiteuta el canon por espacio de tres años seguidos, el dueño de la finca censida puede posesionarse nuevamente de ella sin mandato judicial.

Creemos más acertado el precepto que de nuestro Código comentamos, pues la formalidad debe predominar en estos asuntos, y con el requerimiento, ya judicial, ya notarial, se evitarán litigios, pues demostrado de tal modo, no cabe prueba en contrario, y dada la existencia de dicho requerimiento, no cabe otro procedimiento ni otra solución que el pago de lo atrasado dentro de los treinta dias siguientes, ó el reintegro de ambos dominios directo y útil de la finca censida en el propietario de ésta que se habia reservado el primero de los dominios indicados.

Digitized by Google

Art. 1650. Podrá el enfiteuta librarse del comiso en todo caso, redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta dias siguientes al requerimiento de pago, ó al emplazamiento de la demanda.

Del mismo derecho podrán hacer uso los acreedores del enfiteuta hasta los treinta dias siguientes al en que el dueño directo haya recobrado el pleno dominio.

De los dos preceptos que entraña este articulo, el primero es una consecuencia del articulo anterior, porque si transcurridos los treinta dias desde el requerimiento sin que el enfiteuta pague las pensiones vencidas de los tres años que adeuda queda expedito el derecho del dueño directo, evidente es que si, desde aquel momento ejercita su derecho entablando la oportuna demanda, no habiéndose dictado este articulo que al presente comentamos, el pleito habria de seguirse por todos sus trámites, de no haber transacción entre las partes; y el comiso seria inevitable; pero este primer precepto del articulo que nos ocupa, libera al enfiteuta del comiso si redime el censo y paga las pensiones vencidas dentro de los treinta dias siguientes al requerimiento de pago, y alarga el plazo al decir «*ó al emplazamiento de la demanda*», puesto que ésta no puede promoverse sin que transcurran aquellos treinta dias desde el requerimiento, que tiempo necesita el propietario para preparar y presentar la demanda, y que desde que se le confiera traslado de la demanda al enfiteuta emplazandole, dispone éste de nueve dias para la comparescencia, (art. 525 de la ley de Enjuiciamiento Civil). Es por lo tanto de una segunda prueba de lo que se trata en este articulo, prórroga favorable al enfiteuta, y que se extiende hasta la esfera de sus acreedores, dándoles á éstos un doble termino y originando quizá con esto algunas falsedades, puesto que si el derecho de los acreedores del enfiteuta se extiende hasta los treinta dias siguientes al en que el dueño directo haya recobrado el pleno dominio de la cosa censida, puede el enfiteuta tener de reserva unos acreedores simulados que reclamen lo que él ya habia reclamado; y si ese acreedor se provee de una patente de pobreza, puede molestar indifinidamente al dueño directo de la finca censida, hasta que cansado ya de litigar y gastar, abandone el ejercicio de sus derechos.

Además, la segunda parte del art. 1650 que nos ocupa, da mas derechos á los acreedores del enfiteuta que al enfiteuta mismo, lo cual no está muy conforme con los buenos principios de derecho, y reconoce en esos acreedores, sin distinción de clase, una superioridad que no pueden tener sobre el dueño directo de la finca, que además de no haber perdido ese dominio directo, tiene un derecho *in re* superior al de los verdaderos acreedores; y no solo hay esto en contra del segundo apartado de dicho articulo, sino que alega la liberación de la finca y la consolidación de la propiedad.

Digitized by Google

Precedentes vemos en la ley 28.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª, aunque ésta fijaba un plazo mas limitado, el de 10 dias, de lo cual se deduce que en nuestra época se mira con aversión el comiso, y que para evitarlo se busca hasta la redención del censo, no solo por el enfiteuta sino por sus acreedores, aunque sujetándose á las prescripciones de los arts. 1609 al 1612 y demás concordantes de este mismo Código.

El Código de Italia, en el último apartado de su art. 1565, se presenta mas claro y razonable que el segundo apartado del que comentamos, pues allí se previene que los acreedores del enfiteuta podrán intervenir en el juicio para conservar sus derechos, y valiéndose también para este objeto del derecho de rescate ó retro correspondiente al deudor, ofrecer el resarcimiento de daños y prestar fianza para lo sucesivo. Esto es mas técnico, mas lógico, no va mas allá de los derechos del enfiteuta, y se presentan constantemente en el juicio entre dómino directo y dómino útil, sin que después de aquello quede otro juicio.

Art. 1651. La reducción del censo enfitéutico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño, directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, á menos que haya sido estipulada.

Para la redención de censos dijimos que debe atenderse ante todo á las cláusulas de su constitución, cumpliendo fielmente cuanto en las mismas se hubiere estipulado acerca del valor del capital censal y de la pensión que ha de percibir el dueño en reconocimiento de sus derechos dominicales. Mas hoy, prescindiendo de las innumerables y heteogéneas disposiciones que sobre esto se dieron, haciendo caso omiso de aquellas clasificaciones de censos redimibles é irredimibles, hemos de exponer sencillamente que la redención del censo enfitéutico, según nuestro Código, consiste en entregar en metálico, de una vez, al dueño directo el capital que se hubiese fijado como valor de la finca censida ó enfiteuticada al tiempo de constituirse el censo, sin que, salvo estipulación contraria, pueda exigirse ninguna otra prestación.

El enfiteuta, ante el derecho moderno, puede redimir cuando guste el predio enfitéutico, mediante el pago de su capital en dinero correspondiente á la anualidad del canon, partiendo de la base de los intereses legales ó valor del mismo canon si fuese en especie, sobre la base del precio medio de éstas en un quinquenio, dijimos antes y términos bien parecidos se ven en el primer apartado del art. 1564 del Código de Italia, si bien allí el precio medio de las especies se toma del que éstas tienen en los diez últimos años.

Digitized by Google

Ya la ley 24.ª, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación, en su núm. 8.º, declaró redimible el censo enfitéutico, presentándose muy favorable á los dóminos directos, tanto en la regulación del capital de dicho censo como en el valor del laudemío; llegando la ley de 3 de Mayo de 1823 á admitir la redención por terceras partes, en lo cual no está conforme nuestro Código, pues razonable y lógicamente pensando, la redención debe ser total ó no debe admitirse en parte, porque obedece á un contrato que no por parte se constituyó.

El Proyecto de 1851, en su art. 1563, propuso que los censos fuesen redimibles; y la ley hipotecaria en su art. 149 está en perfecta relación con el segundo apartado de nuestro art. 1651, pero es mas completo.

Art. 1652. En el caso de comiso, ó en el de rescisión por cualquiera causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla.

Si ésta tuviese deterioros por culpa ó negligencia del enfiteuta, serán compensables con las mejoras, y en lo que no basten que dará el enfiteuta obligado personalmente á su pago, y lo mismo al de las pensiones vencidas y no prescritas.

En los preceptos que acabamos de consignar vemos la reciprocidad mas perfecta, dentro de lo perfectible, que haber puede entre los derechos y las obligaciones de cada uno de los contratantes, entre el dueño directo y el dueño útil; pues si justo es que, caso de comiso ó de rescisión de la enfiteusis, el dueño directo abone las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, y con cuyas mejoras vuelva la finca á su poder en pleno dominio, no lo es menos que el enfiteuta abone á aquél los deterioros con que la devolución de la finca se efectúe, y que cuando haya mejoras y deterioros se compensen éstos con aquellas; quedando también obligado al pago de las pensiones vencidas y no prescritas el enfiteuta, teniendose presente, para los efectos de la culpa del deterioro, lo preceptuado en el art. 1104 de este mismo Código.

El Código de Italia, en su art. 1566, contiene preceptos esencialmente iguales á los del artículo que comentamos; pero vemos en él aun mayor claridad, puesto que después de sentar que en caso de devolución tiene derecho el enfiteuta á compensación por las mejoras que el mismo ha hecho en el predio enfitéutico, determina que esta compensación se deberá hasta la concurrencia de la menor suma que resulta entre lo gastado y las mejoras al tiempo de la entrega del predio, si la devolución ha tenido lugar por culpa del enfiteuta, pero cuando tenga lugar por vencimiento del término fijado para la enfiteusis se

Digitized by Google

deberá la compensación en razon del valor de las mejoras al tiempo de la tradición; lo cual no deja de estar conforme con lo prescrito en los arts. 3289 del Código de México, 3149 del de la Baja California, 3289 del de Campeche y otros.

Art. 1653. A falta de herederos testamentarios descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, sino dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.

Manera es esta razonable y justa de consolidar la propiedad uniendo los dominios directo y útil, que disgregados estaban por efecto de una enfiteusis. Y como la perpetuidad de tal división ha desaparecido, fuera contradictorio en alto grado, que el enfiteuta que no deja descendientes, ascendientes, cónyuge superstite y parientes dentro del sexto grado, fuese á conservar su dominio útil por más allá de su vida y de su legal representación, mucho menos cuando el art. 955 de este mismo Código previene que el derecho de heredar *ab intestato* no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en la línea colateral. No habia de ir ese dominio directo al Estado, como siguiendo las reglas del art. 956 de este mismo Código tendria que ir necesariamente; no habia de sobreponerse la idea socialista que en este último artículo informa, en contra de la del más razonable individualismo, ni habian de conservarse perpétuamente divididos y separados aquellos dos dominios directo y útil; es preciso consolidar la propiedad, apartar de si toda traba, y para ello han de buscarse medios razonables donde se encuentren de hacer independiente y libre la plena propiedad, evitando esa disgregación de dominios que arranca de la enfiteusis.

El art. 1663 del Código de Italia, contiene un precepto análogo, siendo iguales á éste los arts. 3256 del de México, 3116 del de la Baja California, 3256 del de Campeche y otros; en todos los que prepondera el principio de que á falta de herederos testamentarios ó legítimos del último enfiteuta se devolverá el predio al dueño.

Art. 1654. Queda suprimido para lo sucesivo el contrato de subenfiteusis.

Comprede el legislador que con las subenfiteusis, como con los subforos se llega á desconocer quien es el verdadero dueño útil, y la historia de la propiedad se pierde en el caos; por esto con muy buen acuerdo el Código suprime en este artículo para lo sucesivo todo contrato de subenfiteusis.

Digitized by Google

El Código de Italia, en el art. 1562 que en otra ocasión ya citamos, tiene un final que concisamente dice: *No se admitirá la subenfiteusis*; y en el artículo 1701 del de Portugal se lee: *Queda prohibido para en adelante el contrato de enfiteusis*, viéndose sustentadas ideas análogas en cuantos Códigos modernos se ocupan de tal censo enfitéutico.

Sin embargo, en Galicia con los subforos, y en Cataluña con los subestablecimientos, se originan á cada momento litigios importantisimos por lo que cuestan á los litigantes y por lo que para el sostenimiento de los derechos de sus respectivos clientes, aguzan el ingenio los más conocidos letrados en busca de argumentos histórico-jurídicos que rara vez llevan el convencimiento de la verdad á los Tribunales, ni llenan las más de las veces el honroso empeño de su propio convencimiento, siendo siempre enormemente desproporcionados los gastos y los trabajos con la entidad de la cosa litigiosa que alcanza en ocasiones á medio ferrado de tierra, ó á un *moravatin*, etc. etc.

Las fincas sitas en Barcelona y sus arrabales, huertas y viñedos, pueden sub-establecerse según la sentencia arbitral proferida por el rey D. Jaime II, de manera que además del dominio directo haya tres intermedios llamados dominos medianos.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LOS FOROS Y OTROS CONTRATOS ANÁLOGOS AL DE ENFITEUSIS.

Art. 1655. Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de éste Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico en la sección que precede.

Si fuesen temporales ó por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas á este contrato.

Dedícase esta sección segunda á tratar de los *foros y otros contratos análogos al de enfiteusis*, y realmente no se hacen mas que ligeras indicaciones de los foros y de la rabassa morta, en los dos únicos articulos que contiene.

En el primero de dichos articulos ó sea en el 1655, se preceptúa que los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico cuando se constituyan por tiempo indefinido, y

Digitized by Google

si se estableciesen por tiempo limitado, se considerarán como arrendamientos y bajo las prescripciones que éstos se rige serán regidos aquellos. Pero nada nos dice nuestro Código de lo que es el foro ni de las disposiciones que servirle puedan de precedente; y aunque cierto es que poco puede decirse, porque la costumbre impera en tal contrato, y, de los Proyectos que se han dictado, ninguno ha llegado á tener fuerza de ley, apesar de la importancia que reviste el asunto, y de lo muy interesante que es el Proyecto que en 30 de Julio de 1886 se presentó á las Cortes, donde pende de aprobación, no cabe duda que conviene apuntar alguna indicación acerca de lo que se entiende por foro.

Como contrato, es aquel en virtud del cual el propietario de un terreno le concede á otro el dominio útil durante una ó más generaciones, mediante el pago de una pensión anual ya consista en frutos ya en dinero.

Tiene muchos puntos de contacto el foro con el censo enfitéutico, pero también se observan entrambos marcadas diferencias. El uno y otro contrato separan el dominio útil del directo, pero se diferencian en que la enfiteusis se constituía á perpetuidad ó por tiempo indefinido, mientras que la constitución del foro se verifica por tiempo cierto, aunque indeterminado, como por la vida de dos generaciones y tres años más, por la vida del señor y sus hijos, etcétera, etc., etc., en atención á lo cual concluía el foro al espirar esas generaciones. En el uno y en el otro hay pago de pensión ó canon al dueño directo en reconocimiento de su derecho en la cosa; pero asi como la enfiteusis se rige de tiempo inmemorial por las leyes para la misma dictadas, el foro se regula por la costumbre en su mayor parte. En la enfiteusis la finca censida puede caer en comiso; en el foro no se da lugar á dicho comiso. En la enfiteusis hubo un laudemio por cada transferencia; en el foro sólo hay laudemio cuando se estipula en la carta foral. Y lo que principalmente imprime carácter al foro, diferenciándole de los demás contratos parecidos, es, que, de no gravar la finca aforada sin permiso del dueño, el de constituir en una finca varios foreros, ó verificarse bajo la misma convención del foro de varias fincas á favor de diversos foreros, el de nombrar todos esos foreros un cabezalero, ya por su edad, ya por otras condiciones que le distingan, para que realice los cobros de los foros de los demás y se entienda con el dueño; pues se da el caso de que un señor perciba por foro un cuartillo de vino, y llena una cuba de dicho líquido con las aportaciones de innumerables foreros, que, sólo entendiéndose con un cabezalero, podría verificarse la recolección, mucho más habiendo foreros y subforeros; tal es la división de la propiedad de aquel delicioso país, y el desconocimiento á veces del verdadero dueño directo, que sólo lo ven en el cabezalero, sobre todo los subforeros. Caracterizan también el foro y lo diferencia de la enfiteusis, los derechos de prorateo y deslinde, por el cual puede exigir el dueño directo la división de la renta foral cada treinta años, previo deslinde, medición y tasación de las fincas objeto del foro, cuya operación se lleva á cabo ju-

Digitized by Google

dicialmente en la forma que previene para esto especialmente el tit. 16 del libro 3.º de la ley de Enjuiciamento Civil ó sean los arts. 2071 al 2108 de dicha ley.

Del contrato de Foro, ya definido, nacen como del de enfiteusis derechos reales y derechos personales; el derecho real es el que siempre conserva en la finca aforada el dueño directo, pues es un verdadero *jus in re* que gravita sobre la finca; el derecho personal es el que por efecto del contrato tiene el cedente de la finca á reclamar la pensión ó foro estipulado; pues ese canon ó pensión allí en Galicia se llama foro, como se le da este nombre también al terreno sobre que se constituye el foro, y como se denomina aforante al propietario ó cedente, y aforero ó forero al censuario, y carta foral á la escritura ó instrumento en que el contrato se hace constar ó se consigna.

El foro ó la renta foral se debe como señal de reconocimiento del dominio directo, aun que por caso fortuito se pierda el fruto algun año, sin que el forero pueda abandonar la finca aforada, pero si lo hiciese, los demás foreros del terreno ó finca del mismo señor, pueden y suelen encargarse de los fundos ó porciones abandonadas, repartiéndoselas proporcionalmente entre si.

Pero subsiste el subforo, apesar de que la legislación general rechaza la subenfitéusis; y apesar de que el forero no puede gravar la finca sin permiso del dueño, y es porque el forero puede transferir la finca aforada á un tercero por una pensión mayor que la que el paga.

Pleitos varios se han sostenido sobre la reversión de las fincas aforadas á sus dueños directos, pues los foreros se oponen á ella por la posesión de largo tiempo y alegando mejoras, para dificultar la pérdida de su derecho al dominio útil, y para su mayor seguridad han introducido la costumbre de renovar los foros periódicamente, otorgándose una nueva carta foral, como se hace desde la publicación de este Código con la enfiteusis, dando cumplimiento al artículo 1647 del mismo.

Pero esto no ha salvado la situación de Galicia y Asturias, porque aquellos foros que empezaron por ser temporales y concluyeron por hacerse perpétuos, han engendrado la mayor de las pugnas entre el dominio directo y útil, mayor si se quiere desde que esa perpetuidad se declaró solemnemente por el Consejo de Castilla en providencia de 10 Mayo de 1763, pues aun que por esa R. Provisión de 1763 se ordenó la suspensión de los pleitos pendientes sobre consolidación del dominio, por haber espirado el plazo porque se constituyeron los foros, los descendientes de aquellos nobles y magnates á quienes en tiempo de la Reconquista se le concedieron los terrenos hoy aforados, se resisten á no consolidar su dominio, tanto mas cuanto que las Pragmáticas de 1803 y 1804, hoy consignadas en la ley 24.ª, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación, declararon que los censos eran redimibles; y como de ellos se exceptuasen los foros, vinieron las leyes de 20 de Agosto y 3 de Septiembre de 1873 á declararlas también re-

Digitized by Google

dimibles, hasta que un Decreto, el de 20 de Febrero de 1874, suspendió los efectos de dichas leyes; si bien el R. D. de 8 de Noviembre de 1875 previene que los foros que en lo sucesivo se establezcan, se regulen por las disposiciones vigentes á su constitución, y como ningún Decreto puede derogar una ley, creemos que las leyes de 20 de Agosto y 3 de Septiembre de 1873 han de estar vigentes, y por ellas han de regirse los foros constituidos desde su promulgación; pues otra cosa seria aumentar la confusión en que nos vemos envueltos respecto de las disposiciones porque han de regularse los foros.

Nuestro Código, conforme á lo prevenido en la última parte de la Base 26 de la ley de 11 de Mayo de 1888, se refiere á la ley especial que se promete en la misma Base para desarrollar el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes constituidos sobre la propiedad inmueble; pero existiendo ese Proyecto de ley de 3 de Julio de 1886, cuando la mencionada ley de Bases se redactó, parecia lógico y conveniente que para regularizar materia tan importante hubiérase adoptado lo que aquel Proyecto digno de adoptarse fuese, y sobre tal base se hubieran en nuestro Código desarrollado los principios generales en aquel Proyecto de ley vertidos.

Art. 1656. El contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas, por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cesionario una renta ó pensión anual en frutos ó en dinero, se regirá por las reglas siguientes:

1.ª Se tendrá por extinguido á los 50 años de la concesión, cuando en ésta no se hubiese fijado expresamente otro plazo.

2.ª También quedará extinguido por muerte de las primeras cepas, ó por quedar infructíferas las dos terceras partes de las plantadas.

3.ª El concesionario ó colono puede hacer renuevos y mugrones durante el tiempo del contrato.

4.ª No pierde su carácter este contrato por la facultad de hacer otras plantaciones en el terreno concedido, siempre que sea su principal objeto la plantación de viñas.

5.ª El cesionario puede trasmitir libremente su derecho á título oneroso ó gratuito, pero sin que pueda dividirse el uso de la finca, á no consentirlo expresamente su dueño.

6.ª En las enajenaciones á título oneroso, el cedente y el cesionario tendrán reciprocamente los derechos de tanteo y de

Digitized by Google

retracto, conforme á lo prevenido para la enfiteusis, y con la obligación de darse el aviso prévio que se ordena en el art. 1637.

7.ª El colono ó cesionario puede dimitir ó devolver la finca al cedente cuando le convenga, abonando los deterioros causados por su culpa.

8.ª El cesionario no tendrá derecho á las mejoras que existan en la finca al tiempo de la exinción del contrato, siempre que sean necesarias ó hechas en cumplimiento de lo pactado.

En cuanto á las útiles y voluntarias, tampoco tendrá derecho á su abono, á haberlas ejecutado con consentimiento por escrito del dueño del terreno, obligándose á abonarlas. En este caso se abonarán dichas mejoras por el valor que tengan al devolver la finca.

9.ª El cedente podrá hacer uso de la acción de desahucio por cumplimiento del término del contrato.

10.ª Cuando después de terminado el plazo de los cincuenta años ó el fijado expresamente por los interesados, continuare el cesionario en el uso y aprovechamiento de la finca por consentimiento tácito del cedente, no podrá aquel ser desahuciado sin el aviso prévio que éste deberá darle con un año de antelación para la conclusión del contrato.

Los preceptos que contiene este artículo son de tal naturaleza que no pueden comentarse; reglas fijas que exactamente deben cumplirse, por los que contratan la cesión del uso de un terreno para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, mediante el pago de una renta ó pensión anual en frutos ó en dinero, contrato que viene á hacer extensivo para toda España lo que en esta tierra catalana se conoce bajo el nombre de *rabassa morta*, ó establecimiento á primeras cepas, especie de enfiteusis que se somete á disposiciones especialisimas, propias de la naturaleza también especial del asunto; y que, como los foros de Galicia, debian comprenderse dentro de la enfiteusis, con sus reglas propias y ateniendose, en lo que la ley no fijase, á la costumbre de cada localidad, evitándose así esa diversa nomenclatura para lo que esencialmente es idéntico, puesto que, obedeciendo á unos mismos principios y teniendo unos mismos fines cuantas reglas sobre esos contratos se dan, son verdaderas repeticiones que solo á la confusión conducen. Tanto es así que el mismo Tribunal Supremo de Justicia como enfiteusis las trata en varias sentencias y muy especialmente en las de 5 Diciembre de 1863, 9 Mayo de 1865, 10 Noviembre de 1868 y otras; y tratadistas de derecho tan conocidos y eminentes

Digitized by Google

como Vives, Tos, Solsona, Durán y Bas y otros así lo consideran, por más que como dice muy bien Brocá y Amell, tiene este contrato el carácter que al derecho de superficie la legislación romana le daba, y se ven en él algunos elementos esenciales de la sociedad ó aparcería, según sostiene Santamaría; pero no es menos cierto que existiendo en él todas esas circunstancias, las más salientes son las que informan á las enfiteusis; porque en éstas como en dichos contratos de que se ocupa el art. 1656 que comentamos, se transfiere el dominio útil por largo tiempo al rabassero ó cesionario, teniendo completa libertad de laboración y disponiendo de la finca como propia, en todas las cesiones de este género se reserva el propietario el dominio directo; en todas ellas hay pensión ó participación módica y casi insignificante en relación á los productos ordinarios de la cosa, mientras que en la sociedad, ni hay transferencia del dominio útil y reserva del directo, ni hay desproporción en el disfrute de los productos, ni existen la mayor parte de los elementos que concurren en los contratos á que nos referimos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1557, proponía que el rédito ó pensión de este censo especial, debía pagarse siempre en dinero; pero nuestro Código, comprendiendo las dificultades que esto tenía, previene que se pague según se estipuló, en frutos ó en dinero; y en Cataluña más bien se paga en frutos que en metálico la *rabassa*.

Tienen bastante relación con el art. 1656 que de nuestro Código nos ocupa, los arts. 114, 117, 150 al 152 de la ley Hipotecaria, que consignados dejamos con sus concordancias de Ultramar, en el tomo 2.° de esta obra.

CAPÍTULO III.

Del censo consignativo.

Art. 1657. Cuando se pacte el pago en frutos de la pensión del censo consignativo, deberá fijarse la especie, cantidad y calidad de los mismos, sin que pueda consistir en una parte alícuota de los que produzca la finca acensuada.

Ya dijimos lo que se entiende por censo consignativo al comenzar el estudio de este tit. 7.°; y de aquella definición se deduce, que aunque generalmente la pensión consiste en metálico en estos censos, cuando se pacta que su pago se haga en frutos, debe fijarse no sólo la especie, sino la cantidad y la calidad de dichos frutos, sin que pueda consistir jamás en una parte alícuota de los

Digitized by Google

que produzca la finca acensuada, porque en tal caso perdería su carácter para entrar en el terreno de la aparcería.

La ley 68 de Toro fué la primera disposición legal que se ocupó realmente del censo consignativo de una manera técnica y procedente, sin que hasta el siglo catorce se vean señales del uso de tal censo ó préstamo especial, que debió establecerse á semejanza de los juros reales, siendo el siglo quince la época en que más en uso se pusieron tales pactos. Es el censo consignativo un verdadero derecho real, constituido por la entrega de un capital al dueño de una finca, á fin de percibir perpétuamente un cánon sobre la misma, mediante la renuncia á reclamar la devolución del capital: por esto se llama consignativo, porque se consigna ó impone sobre los bienes del censatario.

No hemos de exponer aquí las diferentes opiniones de diversos tratadistas, acerca de si la pensión debe consistir en dinero solamente ó en especies; aunque digno es de llamar la atención lo que se observa entre el precepto que al presente comentamos y el del art. 1606 de este mismo Código, pues entendiendo aquél como le entienden algunos, resultaría una verdadera antinomia, una palmaria contradición. Se supone que dicho art. 1606 determina que la pensión del censo consignativo debe consistir precisamente en dinero; y no es eso lo que con claridad se ve escrito en aquel precepto: lo que hay es, que, acostumbrados á conceptuar el capital dinero como una propiedad muy distinta de las demás, y considerado desde su uso primero el censo consignativo como una especie de préstamo perpétuo para la creación de una renta vitalicia, como se le llama en Italia á este género de contrato, se vino satisfaciendo esa pensión en dinero por largo tiempo en la generalidad de los pueblos cultos, como fruto civil del capital impuesto, sirviendo la finca sobre que se imponia, de garantía á la seguridad del cobro de dicha pensión. La ley recopilada (6.ª, título 15.°, lib. 10 de la Novísima), como el *motu propio*, *de creandis censibus* de Pio V, inclina á los juristas á sostener la tésis de que el capital y la pensión del censo consignativo debian consistir en dinero, y aunque no faltaron detractores de tal teoría, es lo cierto que así empezó el censo consignativo, y que en cuanto al capital especialmente esa ha sido la opinión general, admitiéndose respecto al cánon, en favor del censuario, y por facilitar el pago, que éste se hiciese en especie si otra cosa que no se hubiera pactado, doctrina admitida ya por el Tribunal Supremo de Justicia, y que es la que sostiene nuestro Código en sus arts. 1606, y 1657 ó sea el que ahora comentamos, que bien estudiados no resultan contradictorios, según los cuales el capital censual ha de consistir en dinero en el censo consignativo, y la pensión ó cánon del mismo puede pagarse en dinero ó en especies fijas en cantidad y calidad, sin que se admita parte alícuota de los productos de la finca en que el capital se consignó.

Concordancias vemos en los arts. 1644 del Código de Portugal, 3207 del de México, 3067 del de la Baja California y 3207 del de Campeche, que definen el

Digitized by Google

censo consignativo; pero estos tres últimos Códigos citados, á diferencia del anterior y del nuestro, previenen en sus arts. 3226, 3086 y 3226 respectivam ente que el rédito ó pensión se pagará siempre en dinero, como preceptúa el artículo 1977 del de Veracruz-Llave.

Art. 1658. La redención del censo consignativo consistirá en la devolución al censualista, de una vez y en metálico, del capital que hubiese entregado para constituir el censo.

A pesar de que uno de sus principales caracteres era la perpetuidad en todos los censos y muy especialmente en los consignativos, hoy todos los Códigos modernos prescinden de aquel carácter esencial en lo antiguo, y lo consideran redimible como los demás censos. Por esto, nada debemos exponer acerca del precepto que al presente nos ocupa, pues evidente es, que, admitida la redención, ésta ha de consistir necesariamente en el consignativo en la devolución al censualista del capital consignado en metálico y de una vez. Asi mismo lo preceptúa el art. 1995 del Código de Veracruz-Llave, el 1651 del de Portugal: asi lo propuso el art. 1555 del Proyecto de 1851; asi se deduce de lo prescrito en los arts. 3227 del Código de México, 3087 del de la Baja California, 3227 del de Campeche y otros Códigos extranjeros: pues hoy ya toda cláusula contraria á la redención debe tenerse por no puesta en los contratos de censo, mucho más si se tiene en cuenta lo que previene en el art. 149 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde á los arts. 163 de la de Cuba y 157 de las de Puerto Rico y Filipinas.

Art. 1659. Cuando se proceda por acción real contra la finca acensuada para el pago de pensiones, si lo que reste del valor de la misma no fuera suficiente para cubrir el censo y un 25 por 100 más del mismo, podrá el censualista obligar al censatario á que, á su elección, redima el censo ó complete la garantía, ó abandone el resto de la finca á favor de aquel.

Después de lo expuesto al comentar los arts. 1625, 1626 y 1627 en que se sientan principios generales sobre los casos de pérdida por casos fortuitos y expropiación forzosa por causa de utilidad pública; nada habria que decir. Aqui como allí, aunque por distintas causas, se trata de la seguridad del pago de la pensión estipulada: allí como aqui, se dice que cuando la parte de finca censida que quede no sea suficiente para cubrir el capital y un 25 por 100 más, el censatario está obligado á prestar otra garantia de la seguridad del pago del cánon ó á redimir el censo, etc., etc.: pues bien; si se procede por acción real

Digitized by Google

contra la finca acensuada para el pago de pensiones, deberá verse si el resto de dicha finca garantiza suficientemente el capital censal y un 25 por 100 más de dicho capital, y si así no fuese, el censatario deberá completar la garantía del censo consignativo, redimir el censo ó abandonar la finca en favor del censualista, cumpliendo también lo pertinente al caso de las prescripciones de la ley hipotecaria peninsular en sus arts. 150 al 152, que corresponden á los artículos 164 al 166 de la de Cuba y 158 al 160 de las de Puerto Rico y Filipinas (pág. LIII del tomo 2.º de esta obra).

Art. 1660. También podrá el censualista hacer uso del derecho establecido en el art. anterior en los demás casos en que el valor de la finca sea insuficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 mas, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que haya disminuido el valor de la finca por culpa ó negligencia del censatario.

En tal caso éste será además responsable de los daños y perjuicios.

2.ª Que haya dejado de pagar la pensión por dos años consecutivos.

3.ª Que el censatario haya sido declarado en quiebra, concurso ó insolvencia.

Facultad debida es la que al censualita se le otorga en este artículo; pues justo es en extremo que asegure el cobro de la pensión siempre, pero mucho mas cuando la depreciación de la finca sea debida á culpa ó negligencia del censatario, en cuyo caso debe éste responder también de los daños y perjuicios, porque observando las reglas generales sentadas para la culpa ó negligencio punible de todo obligado, inconcuso, es que si el predio que de garantía sirve para el pago de la pensión se hace insuficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 mas, por culpa del censuario, el censualista ha de exigirle que complete la garantía ó redima el censo, ó abandone el resto de la finca á su favor, con mayor razón cuanto que se exige dicho aumento de garantía aun sin la existencia de esa culpa y negligencia.

En cuanto al segundo caso, ó sea la falta de pago por dos años consecutivos, es también de buen sentido, porque si el deudor se hace moroso ha de compelérsele al pago y han de prevenirse los efectos de su insolvencia, pues si un censuario en cuyo poder merma la finca hasta el extremo que se reduce su valor á no ser suficiente para cubrir capital censal y un 25 por 100 mas del mismo deja de pagar dos anualidades consecutivas, no ha de presumirse que el censualista tiene asegurado su cobro.

Digitized by Google

El núm. 3.° de este artículo es también de justicia, y lógicamente se desprende de los fundamentos en que los anteriores se basan: el estado de quiebra hace exigibles todos los créditos, así de capitales de censos como los demás, y hasta los á plazo todavía no vencidos.

Precedentes encontramos en la ley 3.ª, tít. 66.°, lib. 4.° del Código Justinianeo y en la ley 29.ª, tít. 8.°, Part. 5.ª, toda vez que ordenan el comiso de la finca enfitéutica en los dos últimos casos del art. 1660 que nos ocupa, respecto de los cuales propuso preceptos semejantes el art. 1551 del Proyecto de Código de 1851; como se había ya hecho extensiva dicha prescripción á todos los censos por la ley 1.ª, tít. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Concordancias vemos en los arts. 1912 y 1913 del Código de Francia, al tratar de las rentas á perpetuidad; 1785 y 1786 del de Italia, al ocuparse de la constitución de renta vitalicia; 1912 y 1913 del Código de Bélgica, 1649 del de Portugal, si bien éste señala tres años consecutivos; 3218 del de México; 3078 del de la Baja California y 3218 del de Campeche; cuyos tres últimos Códigos se refieren al caso de quiebra, y otros; teniendo relación el artículo que de nuestro Código comentamos con los arts. 1106 al 1108 y 1648 de este mismo Código, 874 al 878 y 886 del Código de Comercio y 150 al 152 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponde á los arts. 164 al 166 de la de Cuba y á los arts. 158 al 160 de las de Puerto Rico y Filipinas.

CENSOS.

Después de lo expuesto en nuestro Código acerca de los censos, (que algo más pudiera decirse sobre la razón de su institución y el por qué de sus vicisitudes, de los modos de extinguirse, y de su redención especialmente, puesto que es una de las cuestiones más trascendentales de derecho civil, cuestión económico-social de verdadera importancia, que no nos atrevemos á tratar en una obra de las modestas condiciones de ésta); y antes de entrar en la exposición de los censos ante el derecho foral, hemos de permitirnos trascribir aquí la ley de 11 Julio de 1878, el Real decreto de 14 Enero de 1886, el Real decreto de 5 Junio del mismo año y la Real orden de 26 Diciembre de 1889, sobre desamortización de censos, pues son disposiciones de grandísima importancia que llamadas están á producir excelentes resultados para el Estado y para la producción nacional, y que si los gobiernos las complementan, activando su más fiel y exacto cumplimiento, han de hacerse dignos de la pública admiración y del aplauso unánime, pues cesarán con ellas las perjudiciales ocultaciones de que son objeto los derechos del Estado.

Desamortización.—(Redención de censos).—Ley de 11 Julio de 1878,

Digitized by Google

sobre redención de censos desamortizados á metálico y en la forma que se expresa: irresponsabilidad por las pensiones vencidas en los casos que se expresen; arrendamientos antiguos:

Ley.—Don Alfonso XII,

por la gracia de Dios rey constitucional de España. A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:

Art. 1.° Los censos desamortizados se redimirán en adelante á metálico en la forma siguiente: los que no excedan de 60 rs. ánuos de réditos capitalizados al 10 por 100, para pagar precisamente al contado. Los que excedan de 60 reales, capitalizados al 9 por 100 al contado, y á plazo al 6 por 100, pagados en nueve años y diez plazos iguales de 10 por 100 cada uno.

Art. 2.° Los que soliciten ó reproduzcan solicitudes no resueltas á la publicación de esta ley y paguen al contado las redenciones dentro de un año, quedan libres de toda responsabilidad por las pensiones que adeuden y debiera percibir el Estado.

Los que redimen á pagar en plazos dentro del mismo término, deberán pagar únicamente los réditos de la anualidad corriente.

Quedarán asimismo libres de toda responsabilidad de las pensiones que adeuden los que, teniendo actualmente concedidas las redenciones, no las hayan formalizado aun, si pagan su importe total con arreglo á la liquidación ya practicada dentro de un año en el caso de haber redimido al contado, ó la parte correspondiente cuando hayan redimido á plazos.

Art. 3.° Pasado un año desde la publicación de esta ley, se exigirán tres años de réditos á los que rediman al contado, y seis á los que lo verifiquen á plazos, á no ser que justifiquen que adeudan menor número de pensiones.

Art. 4.° Las ventas de censos seguirán promoviéndose sin detención alguna, pero los censatarios podrán conseguir la suspensión de la subasta si antes de verificarse acreditan que pidieron y pagaron, ó consignaron al menos, el precio total ó el del primer plazo.

Art. 5.° No se hará indagación alguna acerca de los réditos que se adeudan á los que al pretender la redención se comprometan á pagar los que se declaran exigibles por los arts. 2.° y 3.° de esta ley.

Art. 6.° Respecto á los censos desconocidos para la Hacienda, se admitirán desde luego las redenciones según la declaración que hagan de los mismos los interesados.

En este caso no se tendrá por redimido más capital que el declarado por el redimente.

Art. 7.° Para exigir la Hacienda de los actuales y futuros poseedores de las fincas gravadas el reconocimiento y pago de los censos que no hayan venido cobrando ni consten por otro documento, y para transmitir ese derecho á los

Digitized by Google

compradores será documento bastante la certificación del Registro de la propiedad, en la que conste de una manera clara la existencia de la carga, y que esté mencionada y sin cancelar en los asientos de los libros antiguos ó modernos.

Contra el resultado de la certificación y contra la escritura de trasmisión que otorgue la Hacienda á los compradores, á tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º de esta ley, no se admitirá ninguna excepción, á no ser que se funde en los siguientes hechos, únicos sobre los cuales podrá versar la prueba:

Primero. Estar efectuada y pagada la redención, aunque no se haya otorgado escritura ni cancelado la carga en el Registro.

Segundo. Haberse declarado la insubsistencia del censo por ejecutoria de los Tribunales en pleito seguido con citación expresa y audiencia del Estado.

Si fuera necesario acudir á los Tribunales para el reconocimiento y pago de los censos de que se ocupa esta ley, la reclamación á que diere lugar se sustanciará con sujeción á lo prescrito en la ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales, si la cantidad que se reclama como capital del censo, valuado á los tipos marcados en el art. 1.º para la redención al contado, no excede de 250 pesetas; si excediere, se sustanciará siempre por los trámites de los juicios de menor cuantía. Cualquiera que sea la sentencia que pusiere término á estos juicios, queda á las partes su derecho á salvo para promover el que según la cuantía del capital, sea procedente con arreglo á las leyes, en el que podrán hacer valer cuantas acciones y derechos se crea asistirles.

Art. 8.º Los registradores de la propiedad darán conocimiento á los jefes económicos de los censos que consten á favor del Estado y de Corporaciones sujetas á la desamortización, siempre que así lo observen al inscribir los documentos que se les presenten. Cuando por efecto de los avisos de los registradores conozcan los jefes económicos la existencia de un censo del que no tengan antecedentes bastantes, pedirán certificación á los mismos. Los honorarios de las certificaciones que expidan se abonarán á los registradores con cargo al capítulo y artículo correspondientes del presupuesto especial de ventas de bienes desamortizados.

Art. 9.º Los que presenten certificaciones de los registradores que reunan las condiciones marcadas en el art. 7 de esta ley, referentes á censos desamortizados de que no tenga noticia la Hacienda ó que no haya cobrado en los cinco últimos años, adquieren el derecho de que el Estado les otorgue escritura de trasmisión, si la redención no estuviere pedida ni la venta anunciada, pagando únicamente la cantidad que hubiera satisfecho el censatario por la redención al contado ó á plazos. Los compradores de censos desamortizados podrán hacer constar su derecho en el Registro de la propiedad, presentando la escritura de trasmisión otorgada por el Estado, para que al márgen del últi-

Digitized by Google

mo asiento se ponga la oportuna nota, la cual surtirá todos los efectos que la ley atribuye á la inscripción.

Art. 10. Sin alterar las disposiciones vigentes respecto al uso del papel sellado, el Gobierno dispondrá cuanto convenga para que los censos puedan cancelarse, si los redimentes lo desean, sin necesidad de otorgar escritura pública.

Art. 11. Las disposiciones de esta ley no son aplicables á las redenciones de arrendamientos antiguos, ni á las de los aprovechamientos á que se refiere el art. 7 de la de 15 de Junio de 1866.

Art. 12. Las redenciones de censos correspondientes á Corporaciones civiles se admitirán en todo tiempo sin hacer indagación alguna respecto á los réditos que se adeuden, toda vez que las Corporaciones propietarias conservan el derecho de reclamarlos hasta el dia que aquéllas se verifiquen.

Art. 13. Continuarán tramitándose y resolviéndose las denuncias pendientes y admitiéndose las que se promuevan, sin perjudicar en nada los derechos adquiridos ó que adquieran los denunciadores. Los denunciados que reconozcan dentro de un año la justicia de la denuncia y que á la vez rediman, quedarán libres de la multa que pudiera corresponder al Estado.

Art. 14. En los casos en que se invalidara alguna trasmisión ó redención de censos, el Estado quedará obligado á devolver únicamente las cantidades que hubiese percibido.

Art. 15. Quedan derogadas todas las disposiciones anteriores á esta ley referentes á condonaciones de réditos.

Art. 16. Se autoriza al Ministerio de Hacienda para que de acuerdo, en cuanto sea necesario, con el de Gracia y Justicia, dicte las instrucciones convenientes para la ejecución y cumplimiento de cuanto en esta ley se dispone.

Por tanto

Mandamos á todos los Tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, asi civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes.

Dado en palacio á 11 Julio de 1878.—Yo el Rey.—El Ministro de Hacienda, Manuel de Orovio.—(*Gac.* 12 Julio).

Por R. D. de 14 de Enero de 1886, se restablecieron los delegados de Hacienda, determinando las dependencias y funcionarios que han de desempeñar el servicio económico del Estado en las provincias, y se aprobó con carácter de provisional el reglamento orgánico de la Administración económica provincial, que en su art. 29 establece lo siguiente referente á censos:

Art. 29. Compete á las Administraciones de Propiedades é Impuestos preparar y dar curso á los expedientes de subasta pública para el arrendamiento de las fincas y pertenencias del Estado, el exámen y conservación de los relati-

Digitized by Google

vos á la venta de las fincas y censos y la redención de éstos con arreglo á las leyes de desamortización, y además la custodia de los inventarios de los bienes, su anotación y adiciones que procedan, para que siempre consten en ellos las fincas que posee el Estado, las que ha vendido y aquéllas de que se haya incautado la Hacienda, en virtud de investigaciones, de adjudicaciones en pago de débitos, y por cesiones canónicas ú otras causas.

El mismo reglamento, en su art. 88, preceptúa lo siguiente:

Art, 88. Los administradores de Propiedades é Impuestos, tendrán los deberes y atribuciones siguientes:

1.° Cumplir y hacer cumplir á los empleados que sirvan á sus inmediatas órdenes, las leyes, reglamentos é instrucciones vigentes, y los acuerdos ó decisiones de las Direcciones de los ramos de su cargo, por el delegado de la provincia.

2.° Promover el cobro de toda clase de créditos de la Hacienda por rentas y ventas de bienes del Estado, y por obligaciones á metálico y á papel de la Deuda procedente de enajenaciones anteriores á la ley de 1.° de Mayo de 1855.

3.° Cuidar inmediatamente de la administración de los bienes del Estado, del clero y de secuestros, situados en la capital de la provincia, con sujeción á las instrucciones del ramo, y vigilar con exquisito celo la conducta que en el mismo servicio y con relación á los bienes que se hallen en los demás pueblos observen los administradores subalternos, para evitar abusos y perjuicios á la Hacienda.

4.° Celebrar los contratos de arrendamientos de las fincas que tengan lugar, con arreglo á los preceptos de las instrucciones de 16 de Junio de 1853 y 16 de Abril de 1850, y de la R. O. de 14 de Septiembre de 1867.

5.° Desempeñar, en cuanto se refiera á la rectificación y custodia de inventarios y registros de fincas y censos, capitalizaciones, liquidaciones, rebajas de cargas y custodia de expedientes de ventas, las funciones encomendadas también á los contadores por el art. 103 de la ya citada instrucción de 31 de Mayo de 1855.

6.° Facilitar á los comisionados y agentes investigadores todos los datos que puedan ser convenientes para el mejor éxito de su misión, ó sea para conseguir el descubrimiento de rentas y propiedades detentadas.

7.° Examinar periódicamente los inventarios ó registros de las fincas y rentas que pertenecen al Estado, y adicionarlos con todas las que se hayan descubierto por los investigadores ó por los administradores.

8.° . . . . . .

11. Cuidar de que se promueva la enajenación de los bienes desamortizados en los términos que previenen las instrucciones, y la redención de los censos y foros á pagar en frutos ó especies, con arreglo á la ley de 23 de Julio de 1885, y formar ó continuar, según los casos en ellas previstos, todos los expe-

Digitized by Google

dientes á que de lugar este servicio, acordando las resoluciones de trámite, y proponiendo al delegado las que sean definitivas.

Real decreto.—En virtud de las razones que me ha expuesto el Ministro de Hacienda, prévio acuerdo con el de Gracia y Justicia.

Vengo en decretar lo siguiente:

Art. 1.° En el término de seis meses desde la publicación del presente Decreto, se tramitarán y resolverán todas las solicitudes de redención de censos, cuya trasmisión no se hubiere solicitado con anterioridad á la presentación de dichas solicitudes, á tenor de lo dispuesto en el art. 9.° de la ley de 11 de Julio de 1878, ó que habiendo sido solicitada, carezcan las instancias de la justificación en la forma y con los requisitos exigidos en dicha ley.

Art. 2.° Las solicitudes de trasmisión debidamente justificadas, con la certificación del Registro de la propiedad á que se refiere el art. 7.° de la ley de 11 de Julio de 1878, que no hayan sido resueltas y que se contraigan á censos no exceptuados de la desamortización, y cuya redención no se hubiere solicitado con anterioridad por los dueños ó poseedores de las fincas censidas, serán resueltas desde luego sin tramitación por las delegaciones de Hacienda; quedando á salvo á los interesados los recursos á que se refieren los párrafos 1.° y 2.° del art. 7 de la citada ley; y una vez realizado el ingreso por los adquirentes, se expedirá á favor de los mismos la certificación á que se refiere el art. 8.° del presente Decreto. Cuando los que hubieren solicitado la trasmisión no verificaren el pago dentro de los quince dias siguientes al en que les haya sido notificado el fallo, se procederá contra los mismos por la via de apremio para hacer efectivo el importe de aquélla. Estas notificaciones se harán por medio de edictos fijados en las Delegaciones de Hacienda, y anuncios en el periódico ó periódicos oficiales de las provincias. Se publicará además mensualmente en los mismos periódicos, una relación de las trasmisiones acordadas para que, conocidas por los dueños de las fincas gravadas, puedan plantear ante las Delegaciones los recursos legales á que tengan derecho.

Art. 3.° Los que soliciten y verifiquen la redención al contado en el plazo de seis meses, á partir de esta fecha, quedarán libres de responsabilidad por los réditos ó pensiones que adeuden y debiera percibir el Estado.

Art. 4.° Las trasmisiones de los censos y gravámenes no redimidos que consten inscritos en el Registro de la propiedad y de los que no estén inscritos por no estarlo tampoco los bienes sobre que pesen, cuya redención no haya sido pedida con anterioridad ni tampoco dentro del plazo de seis meses concedido en el articulo anterior, podrán solicitarse en lo sucesivo y serán desde luego concedidas, sin exigir á los interesados la certificación del Registro de la propiedad ni otro documento justificativo de la existencia y condiciones de las cargas á que las mismas trasmisiones se refieran; pero entendiendo siempre

Digitized by Google

que no se tendrá por trasmitido en perjuicio del Estado mas capital que el que según la capitalización oficial corresponda al rédito ó pensión declarada por el cesionario ó adquirente. En las trasmisiones así verificadas, el Estado no quedará tampoco obligado á la evicción y saneamiento para con el cesionario, entendiéndose que éste renuncia al ejercicio de toda acción por lesión enorme ó enormísima, así como á cualquiera otra civil ó administrativa á título de devolución de lo indebido ó indemnización de daños y perjuicios, aún cuando se demostrara que medió error respecto á la cuantía del censo ó gravámen trasmitido.

Art 5.° En el caso á que se refiere el artículo anterior, los dueños de las fincas censidas podrán ejercitar, respecto á los cesionarios, el derecho de retracto en el plazo de un mes; pero una vez otorgado el retracto, los que solicitaron y obtuvieron la trasmisión habrán de percibir el 25 por 100 de las cantidades que por capital y réditos ingrese en el Tesoro el retrayente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.° de la ley de 11 de Julio de 1878. El plazo de un mes para ejercitar el derecho de retracto habrá de contarse desde que se notifique en su domicilio al dueño de la finca censida, si fuere conocido, la resolución administrativa acordando la trasmisión; ó cuando sea desconocido el dueño, desde que se publique dicha resolución en el periódico ó periódicos oficiales de la provincia en que radique la finca censida. No se exigirá al cesionario ó adquirente del censo el importe de la capitalización del mismo que habrá de ingresar en el Tesoro con arreglo al art. 9.° de la repetida ley de 11 de Julio de 1878, hasta tanto que transcurra el mes concedido para hacer uso del retracto; y el pago de las cantidades á que el mismo tenga derecho, en el caso de verificarse el retracto, tendrá lugar como minoración de ingresos por productos de redención de censo.

Art. 6.° Se entenderán como desconocidos ó ignorados por la administración, al efecto de otorgar la trasmisión, aquellos censos ó cargas acerca de los cuales no conste antecedente alguno en los inventarios de incautación y permutación, en las relaciones de fincas facilitadas por las Corporaciones civiles y eclesiásticas en cumplimiento de las leyes desamortizadoras, ó de las noticias facilitadas por los registradores de la propiedad en cumpliento del art. 8.° de la citada ley de 11 de Julio 1878, y también los que, aun constando su existencia por alguno de los medios expresados, no hayan sido reclamados ó satisfechos sus réditos durante los cinco últimos años.

Art. 7.° Los que de hoy en adelante pidan la trasmisión de censos y satisfagan el importe de la capitalización al contado, no vendrán obligados al pago de anualidad alguna atrasada, y tendrán además derecho á exigir de los censatarios cuantas adeuden al Estado, siempre que no utilizaran éstos el recurso del retracto en el tiempo y forma establecidos en el art. 5.°

Art. 8.° Para la cancelación de las cargas ó gravámenes en el Registro de

Digitized by Google

la propiedad, será documento bastante la certificación que expida la Administración de Propiedades é Impuestos respectiva, en que se haga constar haberse verificado aquella, así como el ingreso en Tesorería del capital que las cargas ó censos representen, y que consiente en la cancelación. Si la redención se verificara á plazos, será precisa para la cancelación, además de la certificación de que queda hecho mérito, otra en su dia que acredite hallarse satisfechos aquéllos en su totalidad por el redimente.

Art. 9.° Contra el resultado de la certificación que la Hacienda expida á favor de los individuos á quienes trasmita sus derechos al cobro de los censos ó gravámenes, no se admitirán otras excepciones ó pruebas que las señaladas en el art. 7.° de la ley de 11 de Julio de 1878.

Art. 10. Se estimará como documento bastante para que la Hacienda pueda exigir de los actuales ó futuros poseedores de las fincas gravadas, el reconocimiento de los censos que resulten con descubierto en el pago de pensiones la certificación del Registro de la Propiedad en que conste de una manera clara la existencia de la carga con referencia á los libros antiguos ó modernos; sin que obste el que las fincas hayan sido trasmitidas con posterioridad en concepto de libres, á menos que se haya verificado la redención. Para reclamar el importe de las pensiones ó réditos vencidos, será documento bastante la certificación expedida por la Administración con referencia á los inventarios de incautación de bienes desamortizados ó á relaciones de bienes facilitadas en el año 1855 por las Corporaciones á cuyo favor se hallase constituido el censo.

Art. 11. Una vez otorgada la redención ó trasmisión, serán compelidos al pago el redimente ó cesionario en los términos establecidos en la ley de 13 de Junio é instrucción de 13 de Julio de 1878, transcurridos que sean los 15 dias siguientes al de la notificación del acuerdo, otorgando la redención ó trasmisión. Para que pueda expedirse la certificación del descubierto á que hace referencia el art. 5.° de la citada instrucción, cuidarán los administradores de Propiedades é Impuestos que se contraiga en el libro de cuentas corrientes por censos redimidos ó trasmitidos, precisamente en los tres dias siguientes al de haberse otorgado la redención ó trasmisión, el importe del capital de aquellos y anualidades que, según los casos, sean exigibles. A fin de que por la Dirección general de Propiedades pueda exigirse el exacto cumplimiento de tan importante servicio, las Administraciones del ramo remitirán á dicho Centro en el término de un mes, á contar desde la publicación del presente decreto, relaciones separadas de todos los censos cuyas redención ó trasmisión haya sido pedida, y mensualmente otras relaciones de las que se soliciten en lo sucesivo, ó negativas en su caso. También darán conocimiento á la expresada Dirección, en el propio plazo, de las redenciones ó trasmisiones que se otorguen y fechas en que tiene lugar el pago.

Digitized by Google

Art. 12. Quedan obligados los registradores de la propiedad, bajo su responsabilidad, por los perjuicios que puedan ocasionar á la Hacienda, á hacer constar en la inscripción de todo documento las cargas ó gravámenes en favor del Estado que sobre los bienes ó fincas objeto de la inscripción consten en los libros antiguos ó modernos del Registro; sin que obste que en el documento que se presente para la inscripción, se exprese que los bienes están libres de cargas.

Se considerará defecto subsanable en las sentencias ejecutorias ó mandamientos judiciales en que se disponga la cancelación de cargas ó gravámenes de cualquiera naturaleza pertenecientes al Estado, la falta de expresión en dichos documentos de que el Estado ha tenido en los autos á que se contraen la representación legal en la forma y con los requisitos que exije el art. 2.º de la ley de 10 de Enero de 1877 y Real Decreto de 16 de Marzo último.

Art. 13. Sin perjuicio de que los registradores de la propiedad continúen cumpliendo con el deber que les impone el art. 8 de la ley de 11 de Julio de 1878, podrá la Administración, cuando lo estime oportuno, nombrar investigadores ó comisionados especiales, para obtener todos los antecedentes relativos á la existencia de censos y cargas en favor del Estado; á cuyos funcionarios les serán exhibidos con tal objeto los libros antiguos y modernos del Registro de la propiedad. Se considerará como atención de carácter preferente el pago de los honorarios que los registradores de la propiedad devenguen por las certificaciones que la Administración les reclame; cuyos honorarios serán satisfechos tan luego como se reciban por las Administraciones, sin otro requisito que el de justificar el libramiento con copia certificada que la Intervención expida del documento que ha ocasionado el devengo, y como minoración de ingresos del producto de redenciones y transmisiones de censos.

Art. 14. De conformidad con lo prevenido en el art. 1.º de la ley de procedimiento administrativo de 24 de Junio último y el 14 del Real Decreto de 16 de Marzo próximo pasado, los jueces y Tribunales no admitirán demanda sobre cancelación ó liberación de censos ó gravámenes de cualquier clase que pertenezcan al Estado en virtud de las leyes desamortizadoras, sin que préviamente se acredite por el demandante haber apurado la vía gubernativa en la forma que determina el Real Decreto del citado mes de Marzo, y las oficinas y funcionarios públicos no reconocerán efecto legal alguno á las sentencias en que se declare la caducidad, prescripción ó cancelación de dichas cargas, si en aquellas no consta haber sido citada la Hacienda en autos, y obtenido el representante de la misma en juicio las instrucciones necesarias para la defensa.

Art. 15. Por el Ministerio de Gracia y Justicia se dictarán las disposiciones oportunas, con presencia de lo dispuesto en el Real Decreto de 29 de Febrero de 1879, á fin de facilitar la trasmisión de censos á que se refiere el art. 9 de la ley de 11 de Abril de 1878.

Digitized by Google

Dado en Palacio á 5 de Junio de 1886.—María Cristina.—El Ministro de Hacienda, Juan Francisco Camacho.—(*Gaceta* 7 de Junio).

Desamortización.—Investigadores de bienes nacionales: denunciadores particulares.—Real órden 26 de Diciembre de 1889, determinando el premio que ha de abonárseles en los expedientes de denuncia pendientes de resolución, incoados hasta 30 Junio del mismo año, los casos en que se ha de hacer aplicación del precepto del art. 13 de la Real órden de 10 Junio de 1856, y que á los denunciadores particulares se les abonen los mismos premios que á dichos funcionarios...

Excmo. Sr.: La diversidad de criterio con que se ha señalado el premio del 5 por 100 en los expedientes de denuncia, cuando las fincas que se comprendan figuran en documentos oficiales que se custodian en las oficinas públicas, ha llamado la atención de este Ministerio, pues á su juicio se vuelve á dar una interpretación extensiva al precepto contenido en el art. 13 de la Real orden de 10 Junio de 1856, otorgando el premio del 8 por 100 en casos en que solo corresponde abonar el 5 por 100, conforme dispuso el art. 2.° de la misma Real orden y la de 21 Mayo de 1861.

La primera de las citadas disposiciones señaló en dicho artículo á los investigadores de bienes nacionales el premio del 5 por 100 del importe de los bienes y censos cuando estuvieran comprendidos en los amillaramientos para los repartos de la contribución territorial en las cuentas de administración de los bienes que se desamortizan ó en cualquiera otro documento que exista en las oficinas; pero la Dirección general de Propiedades y derechos del Estado, fundada en que ese artículo era solo aplicable á las denuncias que se entregaron á los comisionados de ventas con anterioridad á su publicación, más no para las incoadas con posterioridad al 19 Julio de aquel año, día en que se publicó la Real orden, elevó una consulta á este Ministerio, en el sentido de que, respecto de estas últimas, el premio fuera de 8 por 100 y 2 por 100 para el comisionado, conforme á lo prevenido en los arts. 12 y 13 de la misma disposición, pero remitido el expediente á informe de la Sección de Hacienda del Consejo de Estado, ésta opinó que la enunciada interpretación era opuesta al espíritu que dominó al dictar el precepto, y se fundaba para ello en que el omitir en las relaciones cuya formación dispusieron en los arts. 32 al 36 de la instrucción de 31 Mayo de 1855, alguna finca, acción ó derecho, cuya existencia constase á la Administración, no constituye una verdadera ocultación, ni por ella debiera ser llegado el caso de que empezara la acción de los investigadores, á parte de que no sería justo ni equitativo otorgar á éstos ó á los denunciadores el mismo premio cuando tengan que hacer grandes trabajos, y aun gastos, para averiguar la procedencia de las fincas, que en aquellos casos en que, constando éstas en las oficinas del Estado, nada tienen que poner de su parte; y á consecuencia

Digitized by Google

de ese informe, se dictó la Real órden de 21 Mayo de 1861, disponiendo que corresponde solo á los investigadores de bienes nacionales el premio del 5 por 100, en el caso de que las fincas investigadas aparezcan inscritas en los amillaramientos de riqueza pública ú otros documentos oficiales.

Parecia resuelta en definitiva con esta disposición la consulta del Centro directivo, y asi sucedió durante largo tiempo; pero después ha vuelto á suscitarse la duda nacida de la intervención del art. 4.° de la Real órden de 10 Junio de 1856, respecto de aquellas denuncias que se han incoado con posterioridad á los plazos que fijaron los arts. 6.° y 7.° de la misma, volviéndose á aplicar en todos los casos los premios que señala el art. 13 de la ya citada Real órden de 1856.

Tal interpretación, fundada sólo en que el art. 2.° es aplicable únicamente á las denuncias entregadas á los comisionados de ventas por los investigadores antes del 19 de Junio de 1856, pugna con el propósito que presidió al dictar la de 21 de Mayo de 1861, el cual se consigna en el dictámen de la Sección de Hacienda del Consejo de Estado de 23 de Febrero de aquel año, de que queda hecho mérito; y á fin de prevenir que se dé al art. 13 de la Real orden de 10 de Junio de 1856 una extensión que no tiene y fijar en difinitiva el premio que corresponde á los denunciadores privados y á los investigadores de bienes nacionales, hasta que sus funciones se han refundido en los inspectores de partido, conforme á los arts. 7.° y 9.° de la ley de 11 de Mayo de 1888.

El Rey (q. D. g.) y en su nombre la Reina regente del reino, conformándose con lo propuesto por esa Sub secretaria y con lo informado por el Consejo de Estado en pleno, se ha servido acordar que en todos los expedientes de denuncia pendientes de resolución que se hayan incoado por los investigadores de bienes nacionales hasta el 30 de Junio último, se abone únicamente el premio de 5 por 100 y 1 por 100 al comisionado de ventas cuando las fincas censos ó derechos denunciados figuren en los amillaramientos de la riqueza pública en las cuentas de administración de los bienes que se desamortizan, en cualquiera otro documento que exista en las oficinas ó en los libros del Registro de la propiedad, aplicándose los premios que determina el art. 13 de la Real orden de 10 de Junio de 1856, en aquellos casos en que sólo aparezcan dichas fincas, censos y derechos en los de la suprimida Contaduria de Hipotecas, ó no figuren entre los antecedentes que se custodian en las dependencias centrales y provinciales de la Administración pública; y que se abonen á los denunciadores particulares en las denuncias que hayan hecho ó incoen en lo sucesivo, cuando se declaren procedentes los mismos premios, según los casos, siempre que se sufraguen los gastos que su justificación origine, acordando á la vez que esta resolución sirva de regla general para todos los casos análogos.

De Real orden, etc.—Madrid 26 Diciembre de 1889.—*Gaceta* 14 Enero 1890 y rectificación de la del 16).

Digitized by Google

CAPITULO IV.

Del censo reservativo.

Art. 1661. No puede constituirse válidamente el censo reservativo sin que preceda la valoración de la finca por estimación conforme de las partes ó por justiprecio de peritos.

Definido quedó el censo reservativo en los preliminares de este título: hoy por deducción de lo que entonces expusimos, y por el texto de este art. 1661, primero de los cuatro que bajo este capítulo 4.° marcan las reglas peculiares de dicho censo, vemos que es imposible su válida constitución, sin que preceda la valoración de las fincas, bien fijando el valor en que las partes contratantes de acuerdo la estimen, bien por tasación pericial.

Más sencillo nuestro Código que todos los demás en esto, y más que las leyes 22 y 24, tit. 15, lib. 10, de la Novísima Recopilación, en que se prescribian los medios de graduar y fijar el capital para redimir censos y otras cargas perpétuas, cuando su valor no consta en las escrituras constitutivas, previene en el precepto que acaba de consignarse que debe preceder la valoración de la finca y debe hacerse constar, ya proceda de tasación, ya de lo estipulado; y el Proyecto de 1851, en su art. 1558, proponia además que nunca se podria pactar para el caso de redención mayor capital que el estimado ó justipreciado.

No hemos de detenernos á estractar lo que cada uno de los Códigos modernos expresa sobre el particular, por más que algunas analogías se vean en los arts. 530 del Código de Francia, 453 del de Nápoles, 530 del de Bélgica, 1938 al 1944 del Sardo, 2759 del de la Luisiana, 1706 del de Portugal, 2000 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1662. La redención de este censo se verificará entregando el censatario al censualista, de una vez y en metálico, el capital que se hubiese fijado conforme al artículo anterior.

Después de lo expuesto acerca de la redención en general, y de cada uno de los censos anteriormente estudiado, solo deberá decirse, que la redención del reservativo solo puede efectuarse entregando de una vez y en metálico, el censatario al censualista el capital que se hubiera fijado al constituir dicho censo, porque como ya en el reservativo se transfirió al censuario la plena propiedad, lo mismo el dominio directo que el útil, de aquí el que no quepa en tal

Digitized by Google

censo otra redención que la del capital que fué señalado y que representa el caudal originario de la pensión.

Concordancias se encuentran en el art. 2002 del Código de Veracruz-Llave, y otros en escaso número, porque la mayor parte de los Códigos modernos han prohibido para lo sucesivo el censo reservativo, como lo prohibe el de Portugal en su art. 1707.

Precedentes se ven en algunas disposiciones de la ley recopilada, entre otras las del capítulo 4.º de la ley 24, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Art. 1663. La disposición del art. 1657 es aplicable al censo reservativo.

Nada hemos de añadir á lo ya expuesto al comentar el art. 1657 respecto del censo consignativo, pues evidente es que lo mismo en el uno que en el otro censo, cuando se pacta que la pensión se pague en frutos ó especie, se ha de fijar cual sea ésta, su calidad, cantidad, y no ha de consistir en parte alicuota de la que produzca la finca acensuada, porque ya dijimos que el referirse á una parte alicuota de productos, podría introducir cierta confusión entre este contrato y el de aparcería ó sociedad; y el no fijar la especie, calidad y cantidad de frutos en que habria de consistir la pensión haria imposible su pago.

Art. 1664. En los casos previstos en los arts. 1659 y 1660, el deudor del censo reservativo sólo podrá ser obligado á redimir el censo, ó á que abandone la finca á favor del censualista.

Se comprende perfectamente este precepto, porque como en el censo reservativo, ni hay separación del dominio directo y del útil como en el enfitéutico, ni hay consignación de cantidad, como en el consignativo á que se refieren los dichos arts. 1659 y 1660, no caben las mismas prescripciones para el caso de haberse procedido como previenen los mencionados artículos; y solo cabe la redención del censo ó el abandono de la finca en favor del censualista.

Digitized by Google

TÍTULO VIII.

De la Sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1665. La sociedad es un contrato por el cual dos ó más personas se obligan á poner en común dinero, bienes ó industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

Importante bajo todos conceptos es este tit. 8.°, no sólo porque en él se trata de uno de los contratos mas importantes de la vida social, sino porque bajo su texitura se encierran principios de suma trascendencia para el desarrollo de la industria, del comercio y de las primeras fuentes de la riqueza pública.

Dividido en tres capitulos, dedicase el 1.° á las disposiciones generales, bases y principios sobre que el contrato de sociedad descansa: sigue el capitulo 2.° que trata de las obligaciones de los socios, dividiéndose en dos secciones; la 1.ª que se ocupa de las obligaciones de los socios entre si; la 2.ª que previene las obligaciones de éstos para con un tercero; y luego el capitulo 3.° determina los modos de extinguirse la sociedad.

Nuestro Código, que generalmente huye de las definiciones, nos dá en el art. 1665 la del contrato de sociedad de modo circunstancial y comprensible, puesto que siendo como todos consensual, dos ó más personas en su virtud se obligan á poner en común dinero, bienes, industria, trabajos, inteligencia, con ánimo de partir entre si las ganancias, si bien comprometiéndose también á sufragar las pérdidas, pues aunque el ánimo de los socios sea el ganar, no siempre se obtiene ese halagüeño resultado.

Definese la sociedad por la ley 1.ª, tit. 10, Part. 5.ª: «Compañía es ayuntamiento de dos omes ó de mas, fecho con intención de ganar algo de so uno, ayuntándose los unos con los otros.»

Hay sociedad civil, cuando dos ó mas personas se han obligado mútuamente, cada una con una prestación de dinero, bienes, inteligencia, trabajos, etc., etc., con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre si.

Digitized by Google

Los Códigos americanos, entre otros los de México, Baja California y Campeche dicen: que se llama sociedad el contrato en virtud del cual los que pueden disponer libremente de sus bienes ó industrias, ponen en común con otra ú otras personas esos bienes ó industrias, ó los unos y las otras juntamente, con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, ó solo las ganancias y las pérdidas.

De manera que la simple comunidad de intereses, resultante de un hecho cualquiera, aunque sea voluntario de las partes, como una adquisición hecha en común, no implica sociedad cuando los interesados no se han unido con el fin del lucro, aportando bienes ó cosa equivalente, al objeto de dividir los productos de su explotación.

Si buscásemos el origen del contrato de Sociedad, lo encontraríamos en el de la misma humanidad, en los hechos que natural y espontáneamente se han sucedido desde que el mundo existe, porque el hombre no podria vivir en el aislamiento, ni los esfuerzos de su imaginación, de su espíritu y de su fuerza material, serían bastantes para desarrollar los planes concebidos en su mente: el contrato de sociedad nació, pues, como casi todos los contratos, de un hecho, de la necesidad de la reproducción de actos análogos, de la necesidad cooperativa que la humanidad siente en sí misma para su propia existencia. Pues bien, esa necesidad por el individuo sentida de aproximación á otro individuo para producir algo, esa confluencia de fuerzas y gérmenes distintos pero asimilables para crear y desarrollar lo creado, que la naturaleza misma enseña lo mismo en su parte orgánica que en su parte inorgánica, lo mismo en el reino animal, que en el vegetal, que en el mineral, puesto que hasta en la atracción molecular vemos elementos distintos para formar un cuerpo que sirva para lo que no servian sus moléculas; ese espíritu de asociación, que no nació en lo antiguo con esa fuerza que hoy se ve desarrollar por doquier, ha contribuido en gran manera á que, saliéndose de aquellos estrechos círculos en que giraba, por ser insuficientes para abarcar las necesidades de la época en que vivimos, ensanchando los antiguos moldes para dar una nueva vida á una de sus mas trascendentales manifestaciones, el contrato de sociedad, (del cual no solo se ocupa el derecho civil, sino el derecho mercantil), tome sus mas extensas proporciones y deje ver sus indudables beneficios; notando en la esfera del derecho penal su juego, en cuanto persigue y castiga las sociedades ilegales y pone un justo coto á las exageraciones del instinto social.

No confundamos, pues, la asociación políticamente considerada de la que se ocupa el art. 13 de la Constitución vigente, con el contrato de sociedad civil en el sentido que este Código debe tratarla; no confundamos en manera alguna las reglas bajo las cuales ha de regirse el contrato de sociedad con los preceptos contenidos en la ley de 30 Junio de 1887 para regular el derecho de asociación: no la confundamos ni aún con el concepto que el contrato de sociedad

Digitized by Google

merece ante el derecho mercantil, que tan inmediata relación tiene con el derecho civil.

Del contrato de sociedad ante el derecho civil es de lo que hemos de ocuparnos en este título; contrato en virtud del cual, como hemos dicho antes, los que pueden obligarse, los que pueden disponer libremente de sus bienes ó de sus industrias, ó de cuanto les pertenezca, reunen, ponen en común con otras personas el todo ó parte de aquello que les es propio en partes iguales ó en la proporción pactada para que, juntamente las unas con las otras y cooperando á un fin común puramente civil, se obtenga una ganancia lícita que han de distribuir entre los socios proporcionalmente á sus aportaciones, respondiendo en análogas proporciones de las pérdidas que contra sus aspiraciones y objeto pudieran sobrevenir. Mientras que ante el derecho mercantil, el contrato de sociedad se denomina contrato de Compañía, y es aquel por el cual dos ó más personas se obligan á poner en fondo común bienes, industrias ó alguna de estas cosas, para obtener lucro por efecto de operaciones mercantiles, constituida con arreglo al Código de Comercio, sin cuyo requisito no tendrá personalidad jurídica en sus actos.

De manera que ante el derecho civil como ante el derecho mercantil, se requiere para su constitución capacidad en las personas, que el contrato se haga público, para que á todos conste el nacimiento y existencia de esa nueva personalidad jurídica; pero la publicidad ante el derecho civil se acrédita simplemente por el otorgamiento de la escritura de constitución, mientras que ante el derecho mercántil tiene sus medios de publicación en los anuncios, circulares, escritura de constitución y principalmente su inscripción en el Registro mercantil: ante el derecho civil, como ante el derecho mercantil, tiene el contrato de sociedad su objeto, lícito siempre, pero en el primero es puramente privado, no sale de la esfera de la contratación usual de las necesidades ordinarias de la vida, no trasciende al crédito comercial; mientras que en el segundo el fin del contrato de Sociedad ó Compañía es puramente mercantil, se sostiene muchas veces del crédito comercial de que gozan los que la componen y tiene siempre su razón social.

La forma de establecer dicho contrato es en ambos derechos la escritura pública, si bien ante el derecho civil esa escritura se inscribe en el Registro de la propiedad cuando los socios aportan bienes inmuebles; mientras que ante el derecho mercantil toda escritura de Compañía, debe inscribirse en el Registro mercantil.

Dentro de la sociedad civil como contrato, escusado es decir que cabe la particular y la universal, y que ésta puede ser universal de bienes presentes y universal de ganancias, admitiéndose una gran divisibilidad en su nomenclatura.

Precedentes encontramos en la ley 67, tit. 2.°, lib. 17 del Dig., ley 1.ª, tit. 10,

Digitized by Google

Part. 5.ª; y concordancias vemos en los arts. 1832 del Código de Francia y sentencias varias del Tribunal de Casación de aquel pais entre otras la de 22 de Noviembre de 1852, que establece que la adquisición de un inmueble por varias personas, no determina entre los adquirentes mas que una comunidad de derechos y no una sociedad, cuando la adquisición no ha tenido por objeto realizar un beneficio de la reventa.

Concuerda también con los arts. 1832 del Código de Bélgica, 169 del de Prusia, 1175 del de Austria, 2008 del de Veracruz-Llave, 1655 del de Holanda, 1316 del de Vaud, 2772 del de la Luisiana, 1648 del de la República Argentina, 1240 del de Portugal, 1776 del de Guatemala, 1836 del del Uruguay, 2053 del de Chile, 2351 del de México, 2219 del de la Baja California, 2351 del de Campeche, 1697 del de Italia y otros, conviniendo todos en que es un contrato consensual, en virtud del que dos ó más personas convienen en poner alguna cosa en común, con la esperanza (según el francés), ó á fin (como dice el italiano) de dividir las ganancias que de esto pueda resultar, y lo mismo en la esencia vino á proponer el Proyecto de Código de 1851 en su art. 1564.

Art. 1666. La sociedad debe tener un objeto lícito, y establecerse en interés común de los socios.

Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán á los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y, en su defecto, á los de la provincia.

Ya lo dijimos antes: no cabe la existencia del contrato de sociedad sin un objeto lícito y sin que se establezca en interés común de los socios, porque la ley no puede amparar lo que ilícito es, ni podria llamarse sociedad aquella unión de intereses si no fuese común el interés de los socios.

La sociedad torpe carece de existencia legal, dentro de lo lícito, donde no hay interés común entre los que cooperan á un fin común no hay sociedad.

Precedentes de lo expuesto encontramos en las leyes 57 tit. 2.º, lib. 17 del Digesto, y 2.ª, tit. 10, Part. 5.ª; si bien no se habia determinado nunca de manera tan clara y explícita como lo hace nuestro Código, que cuando se disuelva una sociedad ilícita, se destinen sus ganancias á los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y en su defecto á los de la provincia.

La primera parte del artículo que comentamos, concuerda con cada uno de los primeros extremos que comprenden los arts. 1833 del Código de Francia, 1698 del de Italia, 1833 del de Bélgica, 1777 del de Guatemala, 1656 del de Holanda, y los arts. 1655 del de la República Argentina, 2352 del de México, 2220 del de la Baja California, 2352 del de Campeche y otros.

Art. 1667. La sociedad civil se podrá constituir en cual-

Digitized by Google

quiera forma, salvo que se aportaren á ella bienes inmuebles ó derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.

Nosotros creemos que la sociedad civil como la mercantil debe constituirse siempre bajo escritura pública, porque de otro modo, una sociedad de cualquier manera constituida puede perjudicar á terceras personas, sin que pueda salir perjudicada; porque constituyendose sin formalidades solemnes, sin esa autenticidad que da la escritura pública, la publicidad de la existencia de esa sociedad es imposible desmostrarla al tercero a quien defrauden, pues es evidente que no le será fácil probar su existencia, y por lo tanto menos podrá exigirles responsabilidad: asi es que los asociados de irregular manera, si son de mala fe, para obligar, justificarán su existencia social; y, al ser obligados, eludirán el pago de sus obligaciones negando su asociación.

Además, el contrato de sociedad, forma una entidad juridica, da vida á una nueva personalidad; y asi como la existencia de una persona natural se inscribe en el Registro correspondiente y se da á conocer bajo su nombre a la sociedad en que vive, de igual manera debe darse á conocer esa nueva personalidad capaz de derechos y obligaciones, que nace la voluntad de los que se asocian para fines comunes de la vida; pues de lo contrario, desapareceria la garantia que pueda tener la sociedad creada para contratar.

Un ser naciente, porque lo engendraron, sin su voluntad, sujeto queda por la ley á una constitución legal; y en cambio un ser naciente por la expresa voluntad de los que le forman bajo el contrato de sociedad, según el articulo que comentamos, no necesita la formalidad de arraigar su nombre y presentarse ante la sociedad de una manera estable con las garantias necesarias de todo ser que se lanza á la contratación, con la base de todo el que contrae derechos y obligaciones independientes de los de su propia y natural personalidad. Sosteniendo la tésis del articulo que nos ocupa, los asi asociados, sin escritura pública, en cualquiera forma, el dia que les convenga, repetimos, figurarán como individuos de una sociedad nacida al calor de un contrato que en su imaginación consta; y el dia que conveniente les sea lo contrario, aparecerán sin más obligación que la de simples particulares.

El Código de Francia revela la importancia que debe darse á la escritura, preceptuando, como preceptúa en su art. 1834, que todos los contratos de sociedad deben hacerse por escrito cuando su objeto sea de un valor que exceda de 150 francos, y que no se admitirá prueba testifical contra lo que contenga la escritura de sociedad; lo cual viene á corroborar la idea por nosotros emitida contra el precepto que de nuestro Código comentamos; pero si esto no fuese bastante, deberia apoyarse bien sólidamente nuestra tésis con la doctrina sentada por el Tribunal de Casación de aquel pais en varias sentencias (entre otras la de 19 Julio de 1852), en la que se sienta la doctrina de que las pruebas

Digitized by Google

testificales y de presunciones son admisibles para establecer la existencia de una sociedad civil *si existe un origen de prueba por escrito.*

El Código de Guatemala previene también en el primer apartado de su art. 1779, que toda compañía debe celebrarse por escrito, siempre que su valor exceda de 500 ptas.

El Código belga es como el francés, coincidiendo hasta en el art. 1834.

Los arts. 2357 del Código de México, 2225 del de la Baja California y 2357 del de Campeche, ordenan en idénticos preceptos entre sí, que el contrato de sociedad se haga constar en escritura pública, siempre que su objeto capital exceda en valor de 300 pesos.

En cambio el art. 1662 del Código de la República Argentina y el 1241 del de Portugal, admiten para la constitución de la sociedad no solo el convenio expreso sino hasta las deducciones de su existencia, por hechos que no determinan.

Nosotros comprendemos perfectamente que en contratos de sociedad de escasísima importancia, se exima para su constitución del requisito esencial de la escritura; pero en los contratos de importancia en cuya entidad no ha de influir el gasto del Notario, no lo comprendemos; y aun que respetamos mucho las Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 14 Febrero de 1870 no hizo mas que interpretar las leyes 78 y 79, tit. 18, Part. 3.ª, declarando que estas disposiciones no exigian que el contrato de sociedad se redujese á escritura pública, sino que se refiere á la fórmula y término en que dicha escritura debe ser extendida cuando se trate del mencionado contrato y haya de ser presentada en juicio, entendemos que las leyes de Partida presuponian la existencia de escritura de contrato de sociedad.

El Código de Comercio, en su art. 119, preceptúa que toda compañía de comercio se constituya por escritura pública; y si bien algunos al tratar de la sociedad mercantil de cuentas en participación, alegan que según el art. 240, para éstas no hay necesidad de solemnidades, pudiendo pactarlas privadamente de palabra ó por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios en derecho reconocidos, es preciso no confundir la naturaleza de estas cuentas en participación con la de la compañía ó sociedad mercantil, cuya escritura sujeta está á la inscripción en el Registro Mercantil, como se previene en el art. 17 del mismo Código de Comercio, cuya lectura basta á convencer de las diferencias existentes entre uno y otro contrato.

El art. 1667 que de nuestro Código comentamos, tiene alguna relación con los arts. 1216 y 1280 del mismo.

Art. 1668. Es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse á la escritura.

Digitized by Google

El precepto que acabamos de consignar es de buen sentido, y se halla más en conformidad con nuestra opinión que con el espíritu y letra del artículo anterior; pues realmente da á entender la necesidad de la formal constitución de toda sociedad, y en todas ellas debia formarse inventario de las aportaciones de cada socio para fijar bien la proporcionalidad en las ganancias ó en las pérdidas.

Pero también es cierto que, sin salirnos del derecho constituido, no hay más que respetar los preceptos del Código, y en esta atención, tener en cuenta que el art. 1668 que nos ocupa no puede tener aplicación mas que cuando es necesaria la escritura, pues de poco serviria ésta sin el inventario ni viceversa, para los efectos de la prueba que siempre quedaria oscura y deficiente.

El Proyecto de 1851, en su art. 1565 propuso un precepto análogo en los artículos 2356 del Código de México, 2224 del de la Baja California, 2356 del de Campeche, y otros.

1669. No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas á la comunidad de bienes.

Corrobora este bien meditado artículo la tésis por nosotros sustentada, pues donde los pactos no son de todos reconocidos, donde los socios contratan en nombre propio con terceros, donde no se ve esa gerencia social y ese fin común, esa personalidad jurídica que debe nacer de todo contrato de sociedad, no hay tal sociedad; habrá comunidad de bienes, habrá apoyo mútuo entre dos personas, habrá cualquier cosa ménos sociedad; porque para que ésta exista, no solo es preciso poner en común capitales, industrias ó cosa equivalente, al objeto de obtener algunas ganancias; no solo es necesario que haya unidad de miras, sino que se hace indispensable que de esa confluencia de voluntades de varias personas naturales, nazca una persona civil, surta una entidad jurídica, cuyos actos y cuya voluntad traduzca fielmente la parte de voluntad, por decirlo así, por cada uno de los socios cedida en la relación jurídica constituida entre ellos, que no solo obliga á cada uno de los socios entre sí, sino que obliga por medio de sus consecutivas relaciones á terceros, y responde de obligaciones para con terceros contraidas.

Está en relación el artículo que nos ocupa con los arts. 35, 37, 392 al 406 de este mismo Código, y 116 y 119 del Código de Comercio.

Art. 1670. Las sociedades civiles, por el objeto á que se

Digitized by Google

consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan á las del presente Código

Aquí se demuestra la gran relación que existe entre el derecho civil y el mercantil para los efectos del contrato de sociedad. Las sociedades civiles, dice nuestro Código, pueden revestir las mismas formas reconocidas por el Código de Comercio, según el objeto á que se dediquen; de manera que las sociedades civiles pueden presentarse como compañías colectivas, comanditarias, anónimas, Bancos de emisión y descuento, compañías de ferrocarriles y otras obras públicas, almacenes generales de depósito, crédito territorial, compañías agrícolas y cuentas en participación.

Nos parecen más aceptables los preceptos de los Códigos de México, Baja California y Campeche, porque después de sentar en sus arts. 2365, 2233 y 2365 respectivamente que las sociedades son civiles ó comerciales; llamándose comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio; y que las demás son civiles; vienen á preceptuar en sus arts. 2368, 2236 y 2368 que las sociedades que se formen para negocios que sean de comercio y para otros que no lo sean ó sean mixtos, se tendrán como civiles, á no ser que las partes hayan declarado que quieren sujetarlas á las reglas de las mercantiles; lo cual no confunde las ideas de lo civil y lo mercantil como el nuestro, que en relación está con los arts. 122 al 124 del Código de Comercio.

Art. 1671. La sociedad es universal ó particular.

También lo indicamos ya en el comentario al primer artículo de este título: la sociedad es universal ó particular. Y esto no es cosa nueva: ya el Digesto al comienzo de su ley 5.ª, tit. 2.º, lib. 17, lo preceptúa en estas palabras: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius;* y no solo tenemos este precedente, sino que de tales pueden servir las disposiciones del tit. 26, lib. 3.º de las Instituciones, y la ley 3.ª, tit. 10, Part. 6.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1566, propuso un precepto idéntico; y concordancias vemos en los arts. 1835 del Código de Francia, 1699 del de Italia, 1835 del de Bélgica, 1849 del de Bolivia, 1317 del de Vaud, 1657 del de Holanda, 2797 del de la Luisiana, 2010 del de Veracruz-Llave, 1781 del de Guatemala, 2369 del de México, 2237 del de la Baja California, 2369 del de Campeche, y otros varios.

Art. 1672. La sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes, ó de todas las ganancias.

Digitized by Google

No cabe duda que la sociedad universal de bienes puede extenderse á todos los que al constituirse, ó al celebrar el contrato tuviere cada uno de los socios; y puede determinarse en todas las ganancias que cada uno de dichos socios tuviere. De todos modos, somos partidarios de que se prefijen bien los términos y bases de todo contrato, porque de no hacerlo asi, se corre el peligro de suscitarse pleitos y cuestiones perjudiciales siempre.

Ante el Derecho romano reconociase la sociedad de todos los bienes, comprendiendo los presentes y hasta los futuros cualquiera que fuese su procedencia, ya de herencia, ya de legado, ya de donación, etc., etc., y otra sociedad general de ganancias, en virtud de la cual solo éstas se comunicaban ó hacian comunes entre los socios.

Precedentes tenemos por lo tanto en las leyes 1.ª, párrafos 1.º, 2.º, 3.º y 73; 7.ª, del tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; 7.ª y 12, del tit. 10, Part. 5.ª, si bien estas últimas reconocian una tercera fórmula para el caso de estipularse sociedad de todas las ganancias, pues se presumia respecto á lo adquirido posteriormente al contrato aunque procediera de herencia, lo cual no deja de ser en extremo duro cuando no se pactó expresamente.

El Proyecto de 1851, en su art. 1568, propuso un precepto idéntico, y concordancias vemos en los arts. 1836 del Código de Francia, 1700 del de Italia, 1836 del de Bélgica, 1247 del de Portugal, 1782 del de Guatemala, 2800 y 2801 del de la Luisiana, 2011 del de Veracruz-Llave, 176 del de Prusia, 1841 del de Bolivia, 1858 del Sardo. 1708 del de Nápoles, 2370 del de México, 2238 del de la Baja California, 2370 del de Campeche; cuyos tres últimos Códigos son en esto iguales al nuestro, y en la esencia idénticos el francés y demás anteriormente citados; mientras que el art. 1658 del de Holanda, solo reconoce la sociedad universal de ganancias, prohibiendo cualquier otra sociedad de bienes, salvo las exceptuadas en los tits. 7.º y 8.º del lib. 1.º de aquel Código; el art. 1841 del del Uruguay, prohibe toda sociedad á título universal, excepto la de los esposos, especificándolo; como lo prohibe el art. 2056 del de Chile igual al anterior: decretándose la misma prohibición en el art. 1651 del de la República Argentina, á no ser que se refieran á ciertos y determinados negocios.

Art. 1673. La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partirlos entre sí, como igualmente todas las ganancias que adquieran con ellos.

Nada de particular tendria este precepto ante el Derecho romano, donde se admitian las donaciones universales; pero en este Código donde se prohíbe dicha donación general de bienes parecía que como consecuencia natural debia

Digitized by Google

rechazarse esa universalidad en el contrato de sociedad que admite y sustenta el art. 1673 que nos ocupa, porque si la razón que hubo para prohibir la donación universal fué el evitar los excesos de prodigalidad, y el que contra naturaleza el donante quedase para si sin medio de sustentación, pudiera haberse tenido en cuenta que estas sociedades universales se exponen también al pauperismo en que los socios pueden caer, y medios simulados pueden ser de llevar á cabo una verdadera donación universal encubierta.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª y 18.ª, tit. 2.º lib. 17 del Digesto, y 6.ª, tit. 10, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en el apartado 1.º de su art. 1569, propuso un precepto identico; y concordancias vemos en los arts. 1837 del Código de Francia, 1701 del de Italia, 1837 del de Bélgica, (el 1658 del de Holanda prohibe las sociedades universales), 1842 y 1843 del de Bolivia, 1319 del de Vaud, 1177 del de Austria, 2371 del de México; 2239 del de la Baja California, 2371 del de Campeche, 2012 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art, 1674. En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan á ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecian á cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos.

Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado ó donación, aunque sí sus frutos.

Es para nosotros indudable que en la sociedad universal de los bienes presentes, pasan á ser propiedad de los socios en común los que á cada uno de los socios individualmente correspondian, y por consiguiente las ganancias que por ellos se obtengan son también comunes.

Es más, puede pactarse también la reciproca comunicación entre los socios de cualquier ganancia, porque en esto no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran con posterioridad al pacto por legado ó donación, pero pueden quedar y quedan á favor del común los frutos y rentas que de aquellos procedan si asi se pactó.

Sin que sean verdaderos precedentes, se ve alguna analogía en varias disposiciones de la ley 3.ª, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; y ley 7.ª, tit. 10, Part. 5.ª; que relación tienen con los arts. 618, 619 y 659 de este mismo Código.

Vemos concordancias en los arts. 1837 2.º apartado del Código de Francia, 2.º apartado del 1701 del de Italia, 1842 y 1843 del de Bolivia, 1177 del de Austria, 1019 del de Vaud, 1753 del de Guatemala, 2372 y 2377 del de México, 2240 y 2245

Digitized by Google

del de la Baja California, 2372 y 2377 del de Campeche, 2013 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1675. La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria ó trabajo mientras dure la sociedad.

Los bienes muebles ó inmuebles que cado socio posea al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo á la sociedad el usufructo.

La más lata sociedad se encierra en este precepto, cuando ménos en sus efectos; porque en los anteriores hay que atenerse á lo que se aportó al contrato social, por consiguiente allí solo son comunes los bienes incluidos en el inventario y sus frutos, mientras que en la sociedad universal de ganancias se comprende todo cuanto en su beneficio adquieran por su industria ó por su trabajo todos y cada uno de los socios, mientras la sociedad durase. Y si bien los bienes muebles ó inmuebles que á la constitución del contrato social cada uno tuviese, no salen de su exclusivo dominio particular los frutos de los mismos pasan á la sociedad universal de ganancias constituida.

Extremada es para nosotros tal sociedad, pues pierde en ella el particular el carácter individualista que á sus derechos corresponde en cuanto á los productos de sus propios bienes; y si bien creemos que no ha de perder los necesarios para el sostenimiento de necesidades própias y de su familia, ha de establecerse una fiscalización odiosa con relación á los productos de los bienes, trabajos é industrias de cada uno de los asociados, ó ha de verse una inmensa buena fe en todos los socios, ó han de causarse grandes perjuicios al que más noblemente se presente.

Precedentes encontramos en las leyes 71.ª, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto, y 3.ª, tit. 10, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1570, apartado 1.°, propuso un precepto análogo al primer apartado del artículo que comentamos; y concordancias vemos en los arts. 1838 del Código de Francia, 1702 del de Italia, 1838 del de Bélgica, 1659 del de Holanda, 1844 del de Bolivia, 2801 del de la Luisiana, 2374 del de México, 2242 del de la Baja California, 2374 del de Campeche, 2014 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1676. El contrato de sociedad universal, celebrado sin determinar su especie, sólo constituye la sociedad universal de ganancias.

Digitized by Google

Presunción legal es esta que realmente no puede fundarse mas que en la idea general de que la mayor parte de las sociedades universales que se constituyen son mas bien de ganancias que de bienes presentes, porque como en ésta se despojan los socios de los bienes ya adquiridos, á lo cual no se aviene fácilmente cada propietario, se conceptúa mas general la de ganancias, y á la costumbre se inclina la presunción aqui sentada. *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.*

Precedentes encontramos en la ley 9.ª de *regulis juris*, y 7.ª, tit. 10, Partida 5.ª

El Proyecto de 1851, en el 2.° apartado, del art. 1570 propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1839 del Código de Francia, 1703 del de Italia, 1839 del de Bélgica, 2802 del de la Luisiana, 2375 del de México, 2243 del de la Baja California, 2375 del de Campeche, y otros.

Art. 1677. No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas á quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación ó ventaja.

El objeto de este artículo se ve de un modo claro, no es otro que el de evitar bajo la forma de una determinada ó aparente sociedad, verdaderas donaciones que entre ciertas personas no pueden efectuarse sin contravenir á lo dispuesto por la ley; pues evidente es que si entre los cónyuges no cabe hacerse donaciones después de contraido matrimonio, tampoco pueden contratarse entre ellos mas sociedades que la conyugal que del mismo matrimonio se deduce; asi como no pudiendo uno de los cónyuges hacer donaciones al hijo del otro cónyuge, obtenido de anterior matrimonio, imposible seria que entre esas dos personalidades se pudiera contratar la formación de una sociedad.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, párrafo 2.°, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto; y en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1334 y 1335 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1571, propuso un precepto idéntico, y concordancias vemos en los arts. 1840 del Código de Francia, 1704 del de Italia, 1840 del de Bélgica, 2804 del de la Luisiana, 1784 del de Guatemala, 2017 del de Veracruz-Llave, y otros; en todos los cuales se observa una misma tendencia y es la de que no se establezca sociedad universal sino entre personas capaces de dar ó recibir una de otra y á las cuales no esté prohibido beneficiarse recíprocamente con perjuicio de los derechos de otras personas.

Art. 1678. La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, ó sus frutos, ó una empresa señalada, ó el ejercicio de una profesión ó arte.

Digitized by Google

Determinase en este artículo lo que el Proyecto de 1851 trataba en el capítulo tercero, señalando los objetos de la sociedad particular ó sea la que se refiere á una profesión determinada ó á una empresa previamente fijada.

Perfectamente expuesto se encontraba el concepto de la sociedad particular en la ley 5.ª al principio, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto, y en la ley 3.ª, tit. 10, Part. 5.ª, consignando esta última que habia sociedad particular «cuando la facen sobre una cosa señaladamente como vender, etc.», y en cuanto al ejercicio de una profesión ó arte, dentro del cual, puede formarse la sociedad particular como sucede en un colegio de enseñanza, y bien determinado se ve ya en la ley 51, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1572, propuso un precepto análogo, y tanto el Código de Francia, en sus arts. 1841 y 1842 como el de Italia, en sus arts. 1705 y 1706 y el de Bélgica, que coincide con el francés hasta en su articulado, previenen que la sociedad particular será aquella que no tenga por objeto sino ciertas cosas determinadas, su uso, ó los frutos que de ellas pueden obtenerse; así como aquella que nazca del contrato por el que varias personas se asocian para una empresa determinada ó para el ejercicio de cualquier oficio ó profesión.

Esto mismo viene á preceptuar el art. 1660 del Código de Holanda y parecidos preceptos se encuentran en los arts. 1847 del de Bolivia, 2806 del de la Luisiana, 2018 del de Veracruz-Llave, núm. 2.º del 1781 del de Guatemala, 2384 del de México, 1249 del de Portugal, 2252 del de la Baja California, 2384 del de Campeche y otros.

CAPITULO II.

De las obligaciones de los socios.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS ENTRE SÍ.

Art. 1679. La sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa.

Dijimos al comenzar este título algo de su división y de la razón del método en la consignación de sus preceptos, y llegando al capítulo segundo que de las obligaciones de los socios trata, á estudiarse empieza, en su sección primera, las que entre sí tienen los socios, si bien debe hacerse presente que en el primer artículo de dicha sección ó sea en el 1679, realmente nada se expresa

Digitized by Google

de obligación alguna entre dichos socios, pues solo se consigna que el nacimiento de la sociedad proviene de la celebración del contrato, y que desde que éste tiene lugar produce sus efectos, salvo pacto en contrario; lo cual, por lo inconcuso y rudimentario no necesitaba sentarse en un Código, después de consignadas las bases de todo contrato y los efectos de las mismas, con cuyos principios generales sobra para comprender que un contrato produce sus efectos desde que se celebra ó sea desde su perfección, á no ser que se estipulen condiciones especiales.

Es común, por lo tanto, esta disposición á todos los contratos, y por ello la sociedad puede constituirse *vel ex tempore*, *vel sub conditione*.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; y el Proyecto de 1851, en su art. 1575, propuso un precepto análogo que parece copiado del art. 2019 del Código de Veracruz-Llave; siendo idénticos en su esencia los arts. 1843 del de Francia, 1707 del de Italia, 1843 del de Bélgica, 1661 del de Holanda 1275 del de Portugal, 2824 del de la Luisiana, 1320 del de Vaud, 1585 del de Guatemala, párrafo 1.º del 1848 del del Uruguay, 2065 del de Chile, 2394 del de México, 2262 del de la Baja California, 2394 del de Campeche, y otros.

Art. 1680. La sociedad dura por el tiempo convenido; á falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto á la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 1700 y lo dispuesto en el art. 1704.

Trata el anterior artículo de cuando comienza á surtir sus efectos el contrato de sociedad; y en este se determina cual es su duración.

Señala en primer término como tiempo de vida al contrato, el del objeto de la convención; lo cual es muy lógico porque los contratos todos como consensuales dependen de lo pactado legalmente: cuando no hubiera pacto expreso de duración, es natural que se conceptúe la vida del contrato tan larga como necesario sea para la explotación del negocio á que exclusivamente la sociedad se dedique, si su duración es por su naturaleza limitada: y cuando nada de lo expuesto pudiera tenerse en cuenta, la vida de los asociados marcará la duración de la sociedad, teniendo presentes las excepciones de los artículos 1700 y 1704, el 1.º de los cuales se refiere á los propios núms. 3.º y 4.º y al art. 1670 de este mismo Código.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 65.ª, párrafo 10; 14.ª, tit. 2.º lib. 17; 1.ª, tit. 10, Part. 5.ª, si bien el Digesto prescribía que la sociedad podia constituirse perpétuamente y hasta cierto dia.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1574, proponia un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1844 del Código de Francia, 1708 del de Italia, 1844 del de Bélgica, 2825 del de la Luisiana, 1321 del de Vaud, 1786 del de Guatemala, 1848 del del Uruguay, 2020 del de Veracruz-Llave, 2065 del de Chile, 2395 del de México, 2263 del de la Baja California, 2395 del de Campeche, siendo estos tres últimos idénticos al nuestro.

Art. 1681. Cada uno es deudor á la sociedad de lo que ha prometido aportar á ella.

Queda también sujeto á la evicción en cuanto á las cosas ciertas y determinadas que haya aportado á la sociedad, en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador.

Nadie duda que el contrato de sociedad es oneroso; por lo tanto debe surtir sus efectos en cuanto á los derechos y obligaciones que de la relación jurídica creada por los mismos se desprende. Por ello no hay para que explicar la razón del porque es deudor cada socio de lo que á la sociedad prometió llevar; pues esto lo comprende cualquiera toda vez que es de buen sentido. Y si están obligados á la aportación de lo prometido, responsables son también de la evicción y saneamiento en cuanto á las cosas ciertas y determinadas que hubieren aportado á la sociedad, de igual manera que el vendedor queda sujeto á la evicción de la cosa objeto de la venta.

Aunque la evicción debe prestarse en todos los contratos onerosos, es lo cierto que ni el Derecho romano, ni nuestro patrio derecho ha expuesto expresamente cosa alguna acerca de la evicción en la sociedad hasta hoy, en que no sólo se enumeran casi todos los casos en que tiene lugar respecto de dichos contratos onerosos, sino que algo se trata hasta de los pocos casos particulares que se extiende sobre los lucrativos; refiriendose á los contratos en general, y muy principalmente al de compra y venta.

El Proyecto de 1851, en su art. 1575, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1845 del Código de Francia, 1709 del de Italia, 1845 del de Bélgica, 1663 del de Holanda, 1849 del de Bolivia, 189 del de Prusia, 2827 y 2828 del de la Luisiana, 1322 del de Vaud, 1787 del de Guatemala, 2021 y 2022 del de Veracruz-Llave, que corresponden exactamente á cada uno de los dos apartados de nuestro artículo, 1866 del del Uruguay idéntico al nuestro, 2082 y 2085 del de Chile, 1721 y 1722 del de la República Argentina, 2396 y 2398 del de México, 2264 y 2266 del de la Baja California, 2396 y 2398 del de Campeche, y otros, como los arts. 1251 y 1252 del de Portugal, 1866 del Sardo, 1717 del de Nápoles, etc., etc., todos los cuales vienen á informarse en los mismos principios;

Digitized by Google

y si bien algunos Códigos limitan sus preceptos á sostener la consideración de deudores á la sociedad de lo que cada uno de los socios prometió aportar á ella, determinan expresamente que quedan sujetos á evicción por los entregados de una manera cierta y definida, la mayoría de los modernos Códigos, y muy especialmente los de Francia, Italia, Bélgica, Veracruz, Uruguay, México, Campeche, Baja California y otros: debiéndose lo prometido desde la celebración del contrato, de tal modo, que el socio que no aportase á la sociedad la suma de dinero que hubiere prometido, debe los intereses de ella, desde el dia en que debió hacerlo, sin que sea necesario interpelación judicial; si la prestación ofrecida consistiese en otro género de cosas, debe satisfacer las pérdidas é intereses: y el socio que tomase dinero de la caja social para usos propios, debe los intereses á la sociedad desde el dia en que lo hizo, y además los intereses y pérdidas que por ese acto viniesen á la sociedad.

Perfecta relación guarda el artículo que ahora comentamos con el siguiente y con los arts. 1182, 1475 al 1483 de este mismo Código, y 170 al 172 del Código de Comercio.

Art. 1682. El sócio que se ha obligado á aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el dia en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que hubiese causado.

Lo mismo tiene lugar respecto á las sumas que hubiese tomado de la caja social, principiando á contarse los intereses desde el dia en que las tomó para su beneficio particular.

Con lo expuesto al comentar el artículo anterior está comentado este. Constituida la sociedad, creada la relación jurídica entre los socios que por la confluencia de sus voluntades acerca de un fin común vinieron á establecer el *vinculum juris* que á todos los contratantes obliga, deducción lógica y clara es de tales principios el artículo que al presente nos ocupa, siendo de buen sentido los dos preceptos que entraña.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 1.º del lib. 22 del Digesto, y el Proyecto de 1851, en su art. 1576, propuso un precepto análogo al nuestro que en relación está con los arts. 1095, 1100, 1101, 1106 al 1108 de este mismo Código, y 135, 140 y 170 al 172 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1846 del Código de Francia, 1710 del de Italia, 1846 del de Bélgica, 1663 del de Holanda, 2829 del de la Luisiana, 1323 del de Vaud, 1850 del de Bolivia, 1789 del de Guatemala, 2024 del de Veracruz-Llave, 1867 del del Uruguay, 2399 y 2400 del de México, 2267 y 2268 del de la Baja California, 2399 y 2400 del de Campeche y otros; todos los cuales se fundan en que el socio,

Digitized by Google

á pesar de no cumplir, goza de las ventajas é interés de lo por los demás socios aportado cumplidamente, y por ello justo es que abone lo que debió aportar, mas sus intereses; como justo y equitativo es que responda de los daños y perjuicios que á la sociedad ocasionó el que por haber dispuesto del haber social para sus atenciones particulares, impidió que las obligaciones de la sociedad quedasen cumplidas ó emprendiesen ventajosas negociaciones; pues evidente es que en el contrato de sociedad hay algo de parecido con ese supuesto pacto social, que tácitamente parece existir en la sociedad humana; en aquél como en éste, el individuo, el socio, el ciudadano, pierde algo de sus absolutos derechos para correlacionarlos con los derechos de los demás, dejando por ello de ser desde entonces absolutos sus derechos: porque con tales derechos no puede vivirse en sociedad pública ó privada, particular ó universal, civil ó mercantil, política ó social, porque todo es relativo en la vida práctica. Así es que de la misma manera que el individuo en sociedad no puede efectuar cosa que perjudique á sus conciudadanos, el socio que ha venido por un contrato de sociedad á formar parte de ésta y á llevar á ella lo que prometió, no puede disponer, en exclusivo beneficio propio, de lo que á la sociedad cedió en beneficio común en favor de la entidad social. Pierde el hombre algo de su omnímoda libertad para vivir con los demás seres libres que le rodean; pero en cambio de esa pérdida razonable y justa, tiene perfecto derecho á exigir de la sociedad en que vive, (y en ella encuentra), una seguridad que sin aquella cesión no encontraría, una fuerza moral y un respeto, que sin la parte de su fuerza é inteligencia, que sin su propio respeto á los demás, no disfrutaría. Se asocia un particular á otro particular en la vida civil para una explotación lícita y noble, con la nobilísima aspiración de crear honradamente el porvenir de sus hijos, y unidos aquellos capitales é industrias que á cada socio correspondían, pueden realizar las colosales empresas que aislados no podrían llevar á efecto; pues bien, estas ventajas de la asociación privada, les impide disponer particularmente para lo sucesivo, mientras la sociedad exista, de aquello que á la sociedad llevaron, y responsables son de tales distracciones los que indebidamente las cometan aun que participación tengan en aquel todo social.

Art. 1683. El socio industrial debe á la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto á la misma.

Todos conocemos que en la vida económica y social todo tiene su valor real y su valor de apreciación. No hay necesidad de recordar las teorías de Turgot para comprendér que el socio industrial, como el socio capitalista, representan valores distintos pero necesarios ambos para producir; y por esto llevando estas

Digitized by Google

teorías á la esfera del derecho, no puede parecer cosa más natural, que, si al que se obligó á llevar dinero á una sociedad, se le exije su aportación y los intereses del mismo desde que debió aportarlo, se tenga igual exigencia con el socio industrial, al cuál, como al capitalista, debe considerársele deudor á la sociedad de lo que mientras ésta exista haya obtenido en el ramo industrial objeto de la misma, y cuyo concurso ofreció.

Esto es lógico, es de buen sentido si se plantea bien; como no hay cuestión que bien planteada, por difícil que parezca, si se trata con lógica y buen sentido no quede resuelta por si misma. Las cosas caen por la ley de la gravedad; la ley de la gravedad se impone por la fuerza molecular. Pues bien, el socio industrial debe á la sociedad á cuya constitución como socio contribuyó, lo que con su industria obtuviese en lo sucesivo, porque desde el momento en que se asoció, aquello que ofreció asociar no es individualmente suyo; como no corresponden al socio capitalista individualmente ya aquellos miles de pesetas que ofreció á la sociedad que por los mismos quedó establecida, son deudores ambos á una nueva personalidad civil de aquello á que se obligaron. Es por esto por lo que hemos sostenido siempre que la constitución del contrato de sociedad debe ser formal, debe patentirse ó hacerse constar por escritura pública para que de ella partan los derechos de los socios, para que de la misma arranquen sus obligaciones, para que bien consignado en ella cuanto en el contrato se pactó, no haya lugar á dudas ni dificultades.

Y si el precepto que comentamos no se cumpliese, difícil seria la existencia y la prosperidad de ninguna sociedad donde los industriales fuesen asociados.

Si el objeto de la sociedad desaparece, no hay sociedad. Si éste consiste en el ejercicio de una profesión ó arte, ó una industria, desde el momento en que no se comunicasen las ganancias obtenidas por cada uno de los asociados, no habria tal sociedad.

Precedentes encontramos en las leyes 71.ª, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; y 8.ª, tit. 10, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1577, propuso un precepto análogo al que de nuestro Código comentamos, que en relación está con el art. 138 del Código de Comercio, pues allí como aquí se le priva al socio industrial de ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo permiso de la compañía; y en caso de verificarlo sin tal autorización expresa, los demas consocios pueden echarlo de la sociedad, privándole de los beneficios que en la misma le correspondieran.

Concordancias vemos en los arts. 1847 del Código de Francia, 1711 del de Italia, 1847 del de Bélgica, 1851 del de Bolivia, 2830 del de la Luisiana, 1874 del del Uruguay, 2025 del de Veracruz-Llave, 1790 del de Guatemala, 1664 del de Holanda, 1324 del de Vaud, apartado 2.º del 2083 del de Chile, 1727 del de la República Argentina, 2401 del de México, 2269 del de la Baja California, 2401 del de Campeche y otros.

Digitized by Google

Art. 1684. Cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad exigible, que le era debida en su propio nombre, de una persona que debía á la sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos á proporción de su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de sólo su haber; pero, si lo hubiere dado por cuenta del haber social, se imputará todo en éste.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de que el deudor pueda usar de la facultad que se le concede en el art. 1172, en el solo caso de que el crédito personal del socio le sea mas oneroso.

La regla general establecida en el primer apartado de este artículo, presenta el caso en que una misma persona sea deudora de un socio y á la vez de la sociedad á que dicho acreedor pertenezca. Si ese acreedor individual, siendo gerente ó estando autorizado para administrar los bienes sociales, cobra la cantidad exigible que aquella persona le adeuda y le firma recibo como particular, eso que en tal forma cobre no se le imputará en su totalidad, sino en su parte proporcional, y compartiendo en análoga proporción lo recibido con la sociedad que administra; pero si el recibo lo hubiera dado en nombre de la sociedad, la imputación solo se hará á ésta.

De manera, que el Código coloca en mejor situación á la sociedad que al individuo, y como éste ha de tratar de preferir sus intereses particulares á los intereses sociales en que solo tiene una participación, siempre hará constar que el cobro lo efectuaba por la cantida l que particularmente le debia.

El segundo apartado de este mismo artículo, sienta la correspondiente excepción refiriéndose al art. 1172; es decir, que esa imputación cede ante la voluntad expresa del deudor, declarando al tiempo de hacer el pago á cual de las dos deudas lo aplica.

En el derecho romano y en nuestro antiguo derecho patrio no se encuentra disposición análoga á la que nos ocupa que Pothier introdujo en el derecho francés, y sentada tal regla, para cuya comprensión no se necesitan ejemplos de los que ponia Rogron ni otro alguno, no hemos de buscar precedentes (que realmente carecen de carácter), más que en el art. 1578 del Proyecto de Código de 1851.

Concordancias vemos en los arts. 1848 del Código de Francia, 1712 del de Italia, 1848 del de Bélgica, 1556 del de Portugal, 1665 del de Holanda, 1875 del del Uruguay, 2092 del de Chile, 1852 del de Bolivia, 2831 del de la Luisiana, 1325 del de Vaud, 1728 del de la República Argentina, 2402 al 2404 del de México, 2270 al 2272 del de la Baja California, 2402 al 2404 del de Campeche, 2026 del de Veracruz-Llave, y otros que parecen copiarse los unos de los otros.

Digitized by Google

Art. 1685. El socio que ha recibido por entero su parte en un crédito social sin que hayan cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, á traer á la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por sola su parte.

Seria inicuo que en un socio cobrase y no los demás; por lo tanto, si un socio recibió por entero su parte de crédito social sin que hubieren cobrado los demás socios, y luego el deudor se hace insolvente, justo es que lo que aquel socio cobró por entero para él vaya á la masa social, aunque el recibo lo hubiere librado por su sola parte. No seria lo mismo si solo hubiese comunidad en el crédito sin haber sociedad, pues entonces cada comunero puede cobrar su parte sin tener que dividir con los otros comuneros, como dice Troplong al comentar el art. 1849 del Código de Francia, que en esta parte es igual al nuestro.

Precedentes encontramos, aunque no exactos, en las leyes 63, párrafo 5.° tit. 2.°, lib. 17 del Digesto, y 15.ª, tit. 10, Part. 5.ª; habiéndose propuesto un precepto análogo al que nos ocupa en el art. 1579 del Proyecto de 1851.

Concordancias vemos exactas en los arts. 1849 del Código de Francia, 1713 del de Italia, 1849 del de Belgica, 1729 del de la República Argentina, 2116 del de Colombia, 2090 del de Chile, 1257 del de Portugal, 1666 del de Holanda, 1326 del de Vaud, 1876 del del Uruguay, 1853 del de Bolivia, 2832 del de la Luisiana, 2405 del de México, 2273 del de la Baja California, 2405 del de Campeche, y otros.

Art. 1686. Todo socio debe responder á la sociedad de los daños y perjuicios *que ésta haya sufrido por culpa del mismo* y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado.

Este es uno de los artículos modificados, pero no en la sustancialidad del precepto, pues su variación se reduce á que en la primera edición se decia «que por su culpa haya sufrido» en donde hoy se consignan las frases que en el texto dejamos subrayadas.

Que el que causa daño ó perjuicio debe responder del mal causado, se sentó como principio axiomático repetidas veces, al tratar de las obligaciones en general y de las bases fundamentales de los contratos; por consiguiente es lógico que todo socio á quien le sea imposible establecer compensación en la sociedad con los beneficios que á la misma haya proporcionado con su industria,

Digitized by Google

responda á dicha sociedad de los daños y perjuicios que haya sufrido la compañía por su culpa.

De manera que si un socio proporciona beneficios á la sociedad de que forma parte, al propio tiempo que por su culpa se le originan daños y perjuicios á esa misma sociedad, viene primero, si posible es la compensación entre unos y otros, y después la responsabilidad del socio culpable.

Precedentes encontramos en las leyes 47, párrafo 1.°; 48, 49, tit. 2.°. lib. 17 del Digesto; 23, párrafo 1.°; 25 y26 del mismo título y libro; 7.ª y 13, tit. 10, Partida 5.ª; y el Proyecto de 1851, en su art. 1580, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1850 del Código de Francia, 1714 del de Italia, 1850 del de Bélgica, 1667 del de Holanda, 1327 del de Vaud, 2833 del de la Luisiana, 1258 del de Portugal, 1792 del de Guatemala, 1873 del del Uruguay, 2028 del de Veracruz-Llave, 1725 del de la República Argentina, 1191 del de Austria, 2093 del de Chile, 1854 del de Bolivia, 2119 del de Colombia, 2406 del de México, 2274 del de la Baja California, 2406 del de Campeche, 1873 del Sardo, 1722 del de Nápoles, y otros; si bien la mayor parte de los Códigos extranjeros, especialmente los de Chile, México, Campeche y Baja California, determinan que no cabe la compensación entre aquellos perjuicios y los emolumentos que su industria haya procurado á la sociedad en otros negocios, sino cuando esta industria no perteneciere al fondo social; pues si efectivamente la industrial riqueza que uno de los socios ofreció aportar á la sociedad es una deuda desde el momento en que se constituyó la sociedad (art. 1683), evidente es, que según dicho art. 1683 debe satisfacer dicha deuda; y dos deudas que uno mismo tiene no pueden compensarse, pues se compensa solo aquello que uno hace en favor de otro sin obligacion alguna con lo que se debe dar, ó con otra responsabilidad: lo cual no puede suceder, repetimos, en el caso del art. 1686 que comentamos, porque la sociedad nada le debe al socio industrial por el lucro que éste le proporcione, puesto que no hace más que cumplir con su obligación, y la referida sociedad tiene contra el mismo un crédito por el perjuicio que su culpa le causare. Es decir, que la compensación cabe entre mútuas deudas, mútuos y recíprocos daños, pero no es factible cuando el deudor debe por diferentes conceptos á una misma personalidad. Pero el Código francés, admite la compensación cuando los beneficios los ha procurado el culpable del daño, en otros negocios independientes de aquella cooperación que él con su industria debiera prestar á la sociedad; y en este sentido debe haberse redactado nuestro Código en el artículo que nos ocupa, que es al que más le parece, pues si un industrial después de cumplir su deber, se dedica á otros negocios cuyas utilidades proporciona á la sociedad independientemente de aquello á que viene obligado, aquilatando las cosas tendrá á su favor un elemento de compensación.

Digitized by Google

Art. 1687. El riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan á la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario.

Si las cosas aportadas son fungibles, ó no pueden guardarse sin que se deterioren, ó si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad. También lo será, á falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas.

Este artículo que á primera vista parece raro, bien estudiado es sencillo, y no puede verse en él más que una consecuencia de los principios generales que anteriormente se sentaron.

Distínguese aquí el caso en que las cosas se aportaron á la sociedad exclusivamente para hacer comunes su *uso y sus frutos*, del en que fueron llevadas para la *venta*. Esas cosas ciertas y determinadas, en el primer caso, no se apartan del dominio directo individual, pues sólo su uso y sus frutos pasan á ser de la comunidad social; por consiguiente, como las cosas perecen para su dueño y no ha dejado de serlo él socio, no puede menos de correr para el todo peligro de las mencionadas cosas. Mas cuando las cosas son fungibles, ó no pueden guardarse sin deterioro, ó se aportan para ser vendidas, como que entonces el socio las cede y traspasa en todo su dominio á la sociedad, perdiendo él su dominio individual exclusivo para hacerlo común, y no ser más que un condómino social como otro cualquiera de los que la sociedad forman, tienen que perecer para la sociedad á cuya personalidad civil pertenecen, y por lo tanto todos los riesgos de dichas cosas corren para la misma sociedad. Y á falta de pacto en contrario han de correr también á riesgo de dicha sociedad cuando medió *estimación* hecha en el inventario de las cosas aportadas, en cuyo caso la reclamación no podría exceder del precio en que fueron tasadas; pues la estimación hace venta.

Precedentes encontramos en las leyes 58, párrafo 1.°, y 52, párrafo 3.° tit. 2.°, lib. 17 del Digesto; y el Proyecto de 1851 en su art. 1581, propuso preceptos análogos al que comentamos, que en relación está con el art. 337 de este mismo Código, y con el 272 del de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1851 del Código de Francia, 1715 del de Italia, 1851 del de Bélgica, 1259 y 1260 del de Portugal, 2834 del de la Luisiana, 1668 del de Holanda, 1328 del de Vaud, 1791 del de Guatemala, 1869 del del Uruguay, 2084 del de Chile, y otros.

Art. 1688. La sociedad responde á todo sócio de las canti-

Digitized by Google

dades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también le responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección.

Consecuencia también de los principios anteriormente sentados es el precepto que acabamos de consignar, pues si la sociedad es una persona civil capaz de derechos y obligaciones, por efecto de la cesión que cada una de las personas naturales que á su formación concurren, evidente es que no ha de encontrarse en mejor situación que cada uno de los socios que la componen, pues de lo contrario, el todo obtendría un privilegio sobre las partes que lo constituyen y éstas se verían perjudicadas por la nueva sociedad civil á que dieron vida.

Precedentes encontramos en las leyes 52.ª, párrafo 4.º, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto, y 67.ª, párrafo 2.º del mismo título y libro; y el Proyecto de 1851 en su art. 1582 propuso un precepto análogo, que en relación está con el art. 142 del Código de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1852 del Código de Francia, 1716 del de Italia, 1852 del de Bélgica, 1261 del de Portugal, 1855 del de Bolivia, 2835 del de la Luisiana, 1669 del de Holanda, 1329 del de Vaud, 1794 del de Guatemala, 1877 del del Uruguay, 2089 del de Chile, 1731 del de la República Argentina, 2407 del de México, 2275 del de la Baja California, 2107 del de Campeche, y 2029 del de Veracruz-Llave.

Art. 1689. Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad á lo pactado. Si sólo se hubiera pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas.

A falta de pacto, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada á lo que haya aportado. El socio que lo fuera sólo de industria tendrá una parte igual á la del que menos haya aportado. Si además de su industria hubiere aportado capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda.

De buen sentido es cuanto se prescribe en el artículo que acaba de consignarse y no es nuevo tal precepto, pues ya ante el derecho romano como ante nuestro antiguo derecho patrio, se prescribieron disposiciones análogas. No hemos de detenernos á demostrar lo que justificado está con su mera enunciación. Si el objeto de la sociedad fué la unión de diferentes personalidades en sus capitales é industrias para un fin determinado con la esperanza de lucro,

Digitized by Google

dicho se está que esa persona civil ha de repartir las ganancias y pérdidas proporcionalmente en la forma pactada, pues de todos es sabido que en este como en los demás contratos la convención de las partes es la suprema ley. Mas si nada se hubiera pactado, la parte de ganancias de cada uno debe ser igual á la parte de pérdidas que, caso de haberlas, hubiera correspondido; y esa parte de ganancias ó pérdidas de cada socio proporcional debe ser á lo por el mismo aportado; pero como no siempre todos los socios son capitalistas, sino que generalmente en toda sociedad los hay de esta clase é industriales, cada socio industrial no excederá en sus ganancias á las que obtenga el capitalista que menos valores hubiere aportado, lo cual no deja de ser una medida tomada simplemente por fijar un límite, pues no cabe duda que como bajo la palabra socio industrial cabe lo mismo el mas rudo trabajo que la inteligencia mas superior, de aquí el que en ocasiones la colaboración de algunos socios industriales sea tan interesante como la del más importante capitalista, y entonces no es de suponer que se le vaya á comparar con el que menos capital aporte á la sociedad. Para nosotros el precepto del Código solo quiere decir en este punto que el valor del capital industrial puede fluctuar entre el mayor y el menor capital metálico aportado á la sociedad, según los casos, pero nunca puede ser menor del capital mas exiguo.

En cuanto al último extremo de este precepto no cabe tampoco duda que el industrial puede entrar en la sociedad bajo el doble caracter de tal y de socio capitalista, y que sus participaciones en ganancias ó pérdidas han de ser proporcionales á lo aportado y á la industria que representan, sujetándose á las disposiciones que regulan la intervención de unos y otros socios.

Precedentes encontramos en las leyes 29.ª, 6.ª y 80, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; párrafos 1.º y 3.º, tit. 26 lib. 3.º de la Instituta; 3.ª, 4.ª y 7.ª, tit. 10, Part. 5.ª; y el Proyecto de 1851, en su art. 1583, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los artículos 393 de este Código y 140 y 141 del de Comercio.

Concuerda con los arts. 1853 del Código de Francia, 1717 del de Italia, 1853 del de Bélgica, 1262 y 1263 del de Portugal, 1670 del de Holanda, 1858 y 1859 del de Bolivia, 1193 y 1197 del de Austria, 2836 del de la Luisiana, 1330 del de Vaud, 1795 al 1798 del de Guatemala, 1849 del del Uruguay, 2066, 2068 y 2069 del de Chile, 1778 y 1779 del de la República Argentina, 2408 al 2410 del de México, 2276 al 2278 del de la Baja California, 2408 al 2410 del de Campeche, 2030 al 2032 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1690. Si los socios se han convenido en confiar á un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha

Digitized by Google

por él cuando evidentemente haya faltado á la equidad. En ningún caso podrá reclamar el socio que haya principiado á ejecutar la decisión del tercero, ó que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fué conocida.

La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada á uno de los socios.

Este precepto es de pura sinderesis, pues sometidos los socios á la determinación de un tercero, no puede ni debe admitirse otro fallo, de no estar el suyo abiertamente en oposición con la equidad, y una vez comenzada la práctica de la decisión recaída, es también inconcuso que el socio que hubiera comenzado á ejecutar dicha decisión de un tercero, ó el que no la impugnare en el término de tres meses, contados desde que le fué conocida, no puede hacer reclamación alguna contra la misma.

En cuanto al último apartado nada hay que decir, por cuanto no pudiendo ser á la vez juez y parte, es lógico que ninguno de los socios puede decidir acerca de las ganancias y pérdidas que hayan de distribuirse entre los mismos.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª y 79.ª, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; 75.ª de *regulis juris*: y 5.ª, tit. 10, Part. 5.ª; y preceptos análogos se propusieron en el art. 1584 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1854 del Código de Francia, 1718 del de Italia, 1854 del de Bélgica, si bien estos tres Códigos admiten que la partición se someta al parecer de uno de ellos ó de un tercero.

El art. 2033 del Código de Veracruz-Llave es esencialmente igual al nuestro, siendo todavía mas idéntico los arts. 1850 del Código del Uruguay y el 2067 del de Chile.

El Código de Portugal, en su art. 1265, y los Códigos de México, Baja California y Campeche, en sus respectivos arts. 2412, 2280 y 2412, están conformes entre sí, y se ocupan solo del convenio entre los socios para que un tercero haga la partición de ganancias y pérdidas que obliga á los convenidos, sin que nada expresen acerca de lo que determina el último apartado del artículo que de nuestro Código al presente nos ocupa.

Otros varios Códigos extranjeros tratan el asunto de modo análogo, pero los que encontramos mas completos sobre este particular, son los ya citados preceptos de los Códigos de Chile y del Uruguay, según los cuales si los socios se han convenido en confiar á un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él, cuando evidentemente se haya faltado á la equidad; y ni aun con este motivo podrá reclamar el socio que haya principiado á ejecutar la decisión del tercero, ó que no la haya impugnado en el término de tres meses

Digitized by Google

contados desde que le fué conocida: á ninguno de los socios puede cometérsele esta designación; y si el tercero á quien se ha cometido falleciese antes de cumplir su encargo, ó por otra causa cualquiera no lo cumple, y la sociedad hubiera marchado sin designación, se dividirán las ganancias y pérdidas á prorrata entre los socios según sus capitales respectivos.

Art. 1691. Es nulo el pacto que excluye á uno ó mas socios de toda parte en las ganancias ó en las pérdidas.

Sólo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas.

Opiniones distintas se han sostenido sobre la regla general sentada en el primer apartado del art. 1691 que acabamos de transcribir. Pothier sosteniendo la validez de la cláusula por la cual se libran de las pérdidas los capitales, cosas ó bienes aportados por alguno de los socios, en el caso que éste dé á la sociedad alguna ventaja particular, para lo cual se funda en el precepto de la ley 29 del Digesto *pro* socio; Aubry y Rau, sosteniendo una doctrina diametralmente opuesta, é impugnando esa compensación que parecia queria introducir el primero entre los beneficios que uno de los socios pudiere otorgar y otorgase particularmente á la sociedad y la relevación de pérdidas habidas. Pero nosotros entendemos que no cabe sociedad donde los socios todos no están á ganancias y pérdidas proporcionales á lo que en valores, capitales, bienes ó industrias cada socio aportare. Por ello, pues, no podemos menos de elogiar la regla general en nuestro Código establecida, sin que veamos la razón de la excepción que le sigue en el segundo apartado del mismo artículo.

Precedentes encontramos en las leyes 29, párrafos 1.° y 2.°, 30.ª, tit. 2.°, libro 17 del Digesto; 4.ª, tit. 10, Part. 5.ª; y el Proyecto de 1851, en su art. 1586, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1855 del Código de Francia, 1719 del de Italia, 1855 del de Bélgica, 1652 del de la República Argentina, 1861 del de Bolivia, 2785 del de la Luisiana, 1195 y 1196 del de Austria, 245 del de Prusia, 1672 del de Holanda, 1331 del de Vaud, 1778 del de Guatemala, 2035 y 2036 del de Veracruz-Llave, 1840 del del Uruguay, 2055 del de Chile y otros; siendo idénticos en esto los de Holanda, Bélgica y Francia, los cuales determinan que el contrato que dé á uno de los asociados la totalidad de los beneficios, es nulo; y lo mismo sucederá con el convenio que exima de contribuir á las pérdidas las sumas ó efectos puestos en el fondo de la sociedad por uno ó varios de los asociados.

Art. 1692. El socio, nombrado administrador en contrato social, puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo

Digitized by Google

de la oposición de sus compañeros, á no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima.

El poder otorgado después del contrato, sin que en éste se hubiera acordado conferirlo, puede revocarse en cualquier tiempo.

Dos preceptos sientanse en este artículo que tienen su razón de ser, y que lógicamente se comprenden: 1.º, cuando por el mismo contrato de sociedad los socios, al constituir la nueva personalidad encargan de la administración á uno de ellos, presume el legislador que esta prueba de confianza, ha sido ó ha podido ser la causa impulsiva para que él entrase en la sociedad; y por ello, conceptuando esto como una circunstancia del contrato, no puede ni debe revocarse tal poder sin sobrevenir una justa causa y hasta sin renovar el contrato; pero si el poder se otorga después del contrato, como tal apoderamiento ó administración es independiente del establecimiento de la sociedad, no hay más que un mandato revocable como otro cualquiera, y por consiguiente en cualquier época puede recogerse dicho poder.

El Proyecto de 1851, en su art. 1586, propuso un precepto análogo al que comentamos que en relación está con el 1733 de este mismo Código y con los arts. 131, 132 y 156 del Código de comercio.

Concuerda con los arts. 1856 del Código de Francia, 1720 del de Italia, 1856 del de Bélgica, 1673 del de Holanda, 1800 del de Guatemala, 1857 y 1858 del del Uruguay, 2037 del de Veracruz-Llave, 210 del de Prusia, 1190 del de Austria, 2808 del de la Luisiana, 1332 del de Vaud, 2075 y 2076 del de Chile, 1862 del de Bolivia, 1681 y 1688 del de la República Argentina, 2416 y 2417 del de México, 2284 y 2285 del de la Baja California, 2416 y 2417 del de Campeche, y otros.

Art. 1693. Cuando dos ó más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, ó sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse á las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal.

La administración indeterminada de los bienes sociales, por todos y cada uno de los socios tendría un grave mal: la paralización y el continuo entorpecimiento. La administración indeterminada por dos ó más socios, tiene casi los mismos inconvenientes, pues ha de faltar en ella la unidad de dirección, la unidad de ideas y de objeto, que forma una de las principales ventajas de este

Digitized by Google

contrato. El contrato social en el que informar debe la acumulación de capitales, inteligencias, industrias, bienes de todo género, para que las fuerzas de todos estos elementos armónicamente relacionados, den mayores productos de los que disgregados dar pueden, necesita una dirección única, una administración única, una intervención y una cooperación tal, que, colocándose cada uno de esos elementos bajo una sóla voz, bajo un sólo impulso, den fuerza á la unión, coerencia á las partes de que se compone, y vida superior á las individualidades que crean esa persona civil que entra con derechos y obligaciones más potentes que las de cada una de las voluntades a cuyo calor nació. Por eso en esa sociedad donde todos administran, donde todos mandan, donde todos dirigen, se tocan pronto las desastrosas consecuencias de tan perturbador sistema.

Pero aqui se ha seguido al pié de la letra el precepto romano, se ha copiado lo que el Código francés llevó á casi todos los Códigos, y con esta série de transcripciones poco meditadas, se está sosteniendo por doquier el mayor de los absurdos; lo que ni es digno para los socios, ni noble para los que administran en conjunto.

Los socios que no encuentran una persona en quien depositar su confianza para administrar los bienes sociales, no pueden llenar los fines de la sociedad; y si entre ellos nacen recelos hasta el punto de encargarse varios de la administración, y no poder obrar los unos ni dar un paso sin el consentimiento de los otros, los efectos de la sociedad por los mismos establecida tienen que ser malos necesariamente y contrarios siempre á la confianza y crédito que debe inspirar toda sociedad. Es más, si cada uno de los socios puede ejercer separadamente todos los actos de la administración, y luego los otros pueden impugnar aquellas operaciones, no habrá quien quiera contratar con una sociedad cuyos actos administrativos son tan inseguros.

Precedentes encontramos en la ley 28.ª, tit. 3.°, lib. 10 del Digesto; y el Proyecto de 1851 propuso en su art. 1857 un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 129 y 130 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1857 del Código de Francia, 1721 del de Italia, 1857 del de Bélgica, 2839 del de la Luisiana, 1674 del de Holanda, 1729 del de Nápoles, 1863 del de Bolivia, 1333 del de Vaud, 1859 del del Uruguay, 1692 del de la República Argentina, 1268 del de Portugal, 2422 del de México, 2290 del de la Baja California, 2422 del de Campeche, 2038 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1694. En el caso de haberse estipulado que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia ó imposibili-

Digitized by Google

dad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave ó irreparable para la sociedad.

Condicion es del contrato el pacto de que trata este precepto, que como tal debe cumplirse, sin que por esto seamos partidarios de tales pactos, que encierran á la sociedad dentro de límites demasiado estrechos, y que se oponen á la unidad que debe imperar en toda sociedad.

La escepción aqui se ha de convertir en regla general y ésta en escepción, pues siempre habrá ó se pretestará cuando convenga, un peligro inminente ó un grave é irreparable daño para la sociedad, en virtud del cual se hagan válidos los actos realizados por alguno de los socios.

Precedentes encontramos en la ley 28, tit. 3.°, lib. 10 del Digesto; y el artículo 1588 del Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1858 del Código de Francia, 1722 del de Italia, 1858 del de Belgica, 1675 del de Holanda, 1861 del de Bolivia, 2840 del de la Luisiana, 1334 del de Vaud, 1859 del del Uruguay en su 2.° apartado, 2423 del de Mexico, 2291 del de la Baja California, 2423 del de Campeche, 2039 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1695. Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Todos los sócios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará á la sociedad; pero cada uno podrá oponerse á las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal.

2.ª Cada sócio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según costumbre de la tierra, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, ó de tal modo que impida el uso á que tienen derecho sus compañeros.

3.ª Todo sócio puede obligar á los demás á costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes.

4.ª Ninguno de los sócios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil á la sociedad.

Reglas sienta este art. 1695, que han de ser de frecuente aplicación, porque si la sociedad se constituye por escrito como á todos conviene, lo natural y lógico es que se estipule y consigne en la escritura social el modo de administrarla.

Digitized by Google

En la regla 1.ª, aparece que existen, respecto de todos los socios, los mismos motivos que hemos indicado en el art. 1693 respecto de dos ó más socios encargados de la administración, y por consiguiente, la disposición debe ser idéntica; siendo nulo en uno y otro caso, según este Código, lo que se efectuare contra la oposición de uno de los socios, si la oposición de éste se ha hecho en tiempo oportuno, ó sea antes de que la operación esté concluida.

La regla 2.ª parece fundada en la equidad, pues en extricto derecho ningún socio debiera servirse individualmente de aquello que aportó á la sociedad, pues corresponde á la nueva entidad jurídica como tal, y no á los socios en particular; mas si se tolera esa disposición de las cosas aportadas por cada socio, han de efectuarlo todos igualmente, según costumbre del país, y en cuanto no contrarie al interés de la sociedad, según así se ve también en varias leyes del tít. 3.º, lib. 10 del Digesto.

La regla 3.ª se funda igualmente en la equidad, y en la ley 6.ª, párrafo 12, tít. 3.º, lib. 10 del Digesto, si bien el derecho ordena y la razón aconseja, que los gastos necesarios para la conservación de la cosa común no puedan eludirse sin renunciar á la cosa misma, y hasta los útiles de no haber mediado prohibición.

La regla 4.º es también de pura equidad, porque en rigor, las cosas cedidas en plena propiedad á la sociedad, sólo ésta puede manejarlas, y para ella perecen, según dijimos ántes, pero con el consentimiento expreso de las partes, pues sin éste, por más que Goyena opina lo contrario, creemos que no puede hacerse innovación alguna por cada socio en cada una de las que aportó, porque, si suficiente fuese la no impugnación á lo ya efectuado, ni diría el artículo que comentamos que *ninguno de los socios puede hacer innovaciones sin consentimiento de los otros*, ni se expresaría *aunque alegue que es útil á la sociedad*, pues ésto presupone que para innovar algún socio sus propios bienes aportados ha de preceder el consentimiento.

El Proyecto de 1851, en su art. 1589, propuso idénticos preceptos á los del artículo que comentamos, que en relación está con los arts. 394, 395 y 397 de este mismo Código, y con los arts. 129 y 130 del de Comercio.

Concuerda con los arts. 1859 del Código de Francia, 1723 del de Italia, 1859 del de Bélgica, 1676 del de Holanda, 1801 del de Guatemala, 1865 del del Uruguay, 2081 del de Chile, 1865 del de Bolivia, 206 del de Prusia, 2841 del de la Luisiana, 1335 del de Vaud, 1676 y 1677 del de la República Argentina, 2040 del de Veracruz-Llave, 2424 al 2428 del de México, 2292 al 2296 del de la Baja California, 2424 al 2428 del de Campeche, y otros; en todos los cuales se ve la misma tendencia imitativa al derecho antiguo que pugna con la naturaleza verdadera y la acepción técnica del contrato de sociedad, y con los preceptos que anteriormente de este Código hemos estudiado, en algunos de los cuales se sostiene con razón que las cosas transferidas á la razón social se pierden para la sociedad,

Digitized by Google

porque á su dominio pasaron, y sin perjuicio de la participación ó mejor derecho comunal que cada socio tenga, perdió su derecho individual, mientras la sociedad exista.

Después de exponer nuestra opinión, vemos los trabajos de los célebres tratadistas Pothier y Duvergier, el primero de los cuales sostiene el condominio social como nosotros; y el segundo sostenia la idea de que no pueda existir sociedad alguna sino bajo la condición de constituir un poder director ó gerente de los negocios sociales.

Art. 1696. Cada socio puede por sí sólo asociarse un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los sócios, aunque aquél sea administrador.

Nadie duda que cada socio puede contratar particularmente con personas no comprendidas en la sociedad para cederles una participación de sus derechos en ella existentes; pero no por esto se ingieren en la sociedad mas que los que como socios la constituyeron, porque la sociedad es una especie de fraternidad para cuyo establecimiento se tienen en cuenta las condiciones personales de los socios; y si la elección de éstos es de esencia en tal contrato, ni aún los herederos de los socios podrán continuar en ella por sus causantes, pues en cuestiones de confianza, como es la que informar debe en la sociedad, no se ha de imponer esa confianza entre personas que no la tienen entre sí.

Precedentes encontramos en las leyes 19.ª, 20.ª, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto y 1.ª, tit. 10, Part. 5.ª; proponiéndose idéntico precepto en el art. 1590 del Proyecto de 1851, que por cierto se relaciona perfectamente con el art. 143 del Código de Comercio, en cuanto á la última parte del artículo que comentamos se refiere.

Concuerda con los arts. 1861 del Código de Francia, cuya doctrina se ve confirmada por varias sentencias del Tribunal de casación de aquel país; 1725 del de Italia, 1861 del de Bélgica, 1867 del de Bolivia, 1185 del de Austria, 2842 del de la Luisiana, 1337 y 1678 del de Vaud, 1872 del del Uruguay, 2088 del de Chile, 1730 del de la República Argentina, 2041 del de Veracruz-Llave y otros.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS PARA CON UN TERCERO.

Art. 1697. Para que la sociedad quede obligada con tercero por los actos de uno de los sócios, se requiere:

Digitized by Google

1.° Que el socio haya obrado en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad.

2.° Que tenga poder para obligar á la sociedad en virtud de un mandato expreso ó tácito.

3.° Que haya obrado dentro de los límites que le señala su poder ó mandato.

Las obligaciones de los socios para con un tercero, envuelven en sí cuestiones importantísimas, que nuestro Código trata con bastante detenimiento, empezando por no dar carácter obligatorio para la sociedad á las de alguno de los socios mas que cuando el socio haya obrado como tal por cuenta de la sociedad; cuando tenga poder para obligar á la sociedad en virtud de un mandato expreso y tácito; y cuando haya obrado dentro de los límites que le marca el poder ó el mandato. Y esto no solo se deduce en parte de la ley 60, tit. 17, lib. 50 del Dig., sino del precepto del art. 128 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1880 y 1881 del Código del Uruguay, 2094 del de Chile, 1748 del de la República Argentina, 2434 del de México, 2302 del de la Baja California, 2434 del de Campeche y otros.

Art. 1698. Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de los deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar á los otros por un acto personal, sino le han conferido poder para ello.

La sociedad no queda obligada respecto á tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre ó sin poder de la sociedad para ejecutarlo; pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la regla 1.ª del art. 1695.

Los preceptos que contiene este artículo son de buen sentido, aunque parezcan complicados, pues evidente es que los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad: ésta responderá hasta donde alcancen sus bienes propios, pero nada más; como también es precepto inconcuso que nadie puede obligar á otro por acto propio y personal, si no es en virtud de poder para ello otorgado.

Por esto la sociedad no queda obligada para con terceras personas por ningún acto que un socio haya realizado en su propio nombre, ni por actos realizados sin poder de la sociedad para llevarlos á efecto, pero si queda obligada

Digitized by Google

para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en beneficio y provecho del haber social. Pero todo esto se entiende sin perjuicio de lo que se previene en la regla 1.ª del art. 1695, es decir, sin que por ello dejen de considerarse todos los socios apoderados de los intereses sociales, y lo que cualquiera de ellos hiciere por si solo obligará á la sociedad; cuyos preceptos son para nosotros verdaderamente antagónicos y no se compaginan facilmente.

Precedentes encontramos en las leyes 82, tit. 2.°, lib. 17 del Dig.; 27.ª, tit. 3.° libro 2.° del Código Justinianeo *De pactis*.

El Proyecto de 1851, en su art. 1591, propuso un precepto análogo al primer apartado del que comentamos, que en relación está con los arts. 1137 al 1139 de este mismo Código y con los arts. 127 y 128 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1862 y 1864 del Código de Francia, 1726 y 1728 del de Italia, 1862 y 1864 del de Bélgica, 1272 del de Portugal, 1868 y 1869 del de Bolivia, 230 del de Prusia, 1201 del de Austria, 1338 del de Vaud, 2843 del de la Luisiana, 1679 del de Holanda, 1882 del del Uruguay, 2095 del de Chile, 1746 y 1747 del de la República Argentina, 2435 y 2436 del de Campeche, 2303 y 2304 del de la Baja California, 2435 y 2436 del de México, y otros.

Art. 1699. Los acreedores de la sociedad son preferentes á los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.

Como quiera que la sociedad es una entidad moral, una persona civil, nacida por la confluencia de las voluntades de varias personas naturales, sus acreedores bien merecen la preferencia que en este articulo les concede el Código; pero los acreedores de cada socio en particular, como realmente su crédito no es contra la sociedad sino contra la individualidad de determinadas personas, dichos acreedores pueden pedir el embargo y remate de la parte que el deudor particular tenga en el fondo social.

El Proyecto de 1551, en su art. 1594, propuso un precepto análogo; y concuerda con los arts. 1863 del Código de Francia, 1727 del de Italia, 1863 del de Bélgica, 1274 del de Portugal, 1870 del de Bolivia, 2844 del de la Luisiana, 1680 del de Holanda, 1883 del del Uruguay, 2096 del de Chile, 1754 y 1757 del de la República Argentina, 2045 del de Veracruz-Llave, y otros.

Digitized by Google

CAPITULO III.

De los modos de extinguirse la sociedad.

Art. 1700. La sociedad se estingue:

1.° Cuando expira el término por que fué constituida.

2.° Cuando se pierde la cosa, ó se termina el negocio que le sirve de objeto.

3.° Por la muerte natural, interdicción civil ó insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el art. 1699.

4.° Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción á lo dispuesto en los arts. 1705 y 1707.

Se exceptúan de lo dispuesto en los núms. 3.° y 4.° de este artículo las sociedades á que se refiere el art. 1670 en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio.

Señaladas ya las bases generales bajo las que ha de constituirse el contrato de sociedad, indicadas las obligaciones de los socios entre sí y para con terceras personas, expuesto ese desarrollo de la relación jurídica creada, en cuyo desenvolvimiento se observan todos los fenómenos que desprenderse suelen de las convenciones en general y que como todo lo humano tiene su nacimiento, su crecimiento y su fin, tócanos ahora tratar de los modos de estinguirse la sociedad.

Señala el art. 1700 que de nuestro Código nos ocupa cuatro modos de extinguirse la sociedad; siendo el 1.° cuando expira el término porque fué constituida; y no otra cosa podia suceder, pues cuando el plazo porque se constituyó una sociedad concluye, no puede menos de terminar la relación jurídica por aquella convención establecida.

El 2.° caso que el Código presenta es cuando la cosa que es objeto de la sociedad se pierde ó cuando termina el negocio que la motivó; y se comprende perfectamente, porque como todo tiene un fin ú objeto determinado, si la cosa que fué objeto de constituirse varios en sociedad para sostenerla se pierde, desaparece la razón de ser de aquella sociedad, como no puede menos de extinguirse el contrato social si se terminó el objeto de su establecimiento.

Es el caso 3.° de extinción, la muerte natural, interdicción civil ó insolvencia de cualquiera de los socios, y cuando los acreedores de alguno de los socios pidan el embargo y remate de la parte que en el haber social le corresponda al deudor en el fondo social, que es á lo que se refiere la cita del art. 1669; porque

Digitized by Google

siendo la sociedad un contrato en que domina en todo la elección y la confianza, esta no puede determinarse fuera de las personas que la constituyeron, y en el momento en que cualquiera de ellas falte ó se incapacite para continuar formando parte de la sociedad, ha de extinguirse necesariamente, pues ya aquel concurso de voluntades es insostenible; y si se admitiese á otro en lugar del fallecido natural ó civilmente, ya no sería la misma sociedad, sino una verdadera novación del contrato, si bien hay que tener en cuenta que la insolvencia solo puede extinguir la sociedad cuando la sufre el que en ella entró como socio capitalista, no cuando se hace insolvente el socio industrial, pues mientras éste tenga vida, su inteligencia, su valor industrial, nadie puede arrebatárselo, aunque sus acreedores embargasen el producto ó participación que por la misma hubiere de obtener.

El 4.° modo de extinguirse la sociedad es la voluntad de uno de los socios, lo cual le diferencia de los demás contratos; pero esa especialidad tiene su razón de ser fácil de explicar, es la de que siendo la sociedad una especie de fraternidad por su naturaleza, se aviene mal con la idea de coacción ó violencia que implica el continuar á disgusto en la sociedad; además de que no cabe la unidad de miras que debe haber en toda sociedad allá donde uno de los socios tuviera que continuar en común contra su expontánea voluntad ó contra el desistimiento de su continuación, pues la comunión forzada es origen de pleitos y discordias; pero no puede ningún socio separarse cuando se contrató la sociedad por plazo determinado, ni para un negocio fijo, cuya naturaleza exige un término dado, en cuyos casos deben sujetarse á los arts. 1705 y 1707 comprendidos en el número 4.° del que comentamos.

Sienta una excepción razonable el último apartado del artículo que nos ocupa; pues evidente es que cuando se trata de sociedades civiles que por el objeto á que se consagran pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio, no puede tener lugar su extinción por muerte natural de uno de los socios, ni por desistimiento ó modificación de la voluntad de cualquiera de ellos, porque, según dijimos antes, les son aplicables las disposiciones del Código de Comercio, y por ello, en los casos en que según dicho Código puedan subsistir, hemos de conceptuarlas separadas de esas reglas de extinción que bajo los números 3.° y 4.° acabamos de sustentar.

No contenia tal excepción el Proyecto de 1851 en su art. 1595, pero es porque no se habia propuesto entonces tampoco un precepto tan claro y terminante como el del art. 1670, refiriéndose al Código de Comercio.

Precedentes encontramos en las leyes 4.ª, párrafo 1.°; 63.ª, párrafo 10; 65.ª, párrafos 1.°, 3.°, 9.° y 10.°; 59.ª al principio, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto; 10.ª y 11.ª, tit. 10, Part. 5.ª; y en relación están el que comentamos y el 1122 de este mismo Código, así como ambos aparecen relacionados con los arts. 218, 221, 222 y 878 del Código de Comercio y 49 del penal.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1865 del Código de Francia, 1729 del de Italia, 1865 del de Bélgica, 1276 del de Portugal, 1758, 1764, 1767, 1771, 1772 y 1775 del de la República Argentina, 1812 del de Guatemala, 1889, 1892 y 1893 del del Uruguay, 1875 del de Bolivia, 1339 del de Vaud, 273 del de Prusia, 1207 y 1211 del de Austria, 2847 y 2848 del de la Luisiana, 2047 del de Veracruz-Llave, 1683 del de Holanda, 2098 al 2108 del de Chile, 2440 del de México, 2308 del de la Baja California, 2440 del de Campeche, y otros.

Art. 1701. Cuando la cosa especifica, que un socio habia prometido aportar á la sociedad, perece antes de efectuada la entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad.

También se disuelve la sociedad en todo caso, por la pérdida de la cosa, cuando, reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido á la sociedad el uso ó goce de la misma.

Pero no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella.

El artículo que acaba de consignarse, en sus dos primeros parrafos, contiene verdades de pura sinderesis mas bien que reglas de extinción de contrato, mucho más cuando en el artículo anterior, y en su número segundo principalmente, se preceptúa que la sociedad se extingue por pérdida de la cosa, ó cuando termina el negocio que le sirve de objeto; porque la razón natural dicta que la pérdida de la cosa especifica aportada á la sociedad, lo mismo que antes de aportada, no puede menos de producir la disolución de la sociedad, por cuanto desaparece el objeto del contrato; y mejor dicho, en el segundo caso no habia empezado á tener vida práctica, por cuanto aunque en este contrato la perfección y la consumación no se distinguen tan fácilmente como en los demás, realmente no podria considerarse consumado mientras la cosa objeto de explotación ó del contrato no hubiere pasado á poder de la persona civil ó entidad juridica que constituye la sociedad. Y si esto es innegable, no lo es menos que cuando á la sociedad se transfiere únicamente el uso ó goce de unos bienes, y estos perecen, según los principios de derecho, para su dueño cuyo dominio directo se reservó, perecen asimismo para la sociedad los frutos de dichos bienes, y por consiguiente, extinguido queda el contrato social.

Mas el último apartado de este art. 1701, para nosotros, tal cual está escrito, se halla en flagrante contradicción con el núm. 2.° del art. 1700; pues en dicho número se dice que la sociedad se extingue cuando se pierde la cosa, mientras que en el último apartado del artículo que al presente nos ocupa se determina

Digitized by Google

que *no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella:* cuyo apartado, como comprenderán nuestros lectores, no solo tiene una redacción poco correcta por las repeticiones en que incurre y por el espíritu que entraña, sino también por la indicada contradicción; debiendo presumirse que lo que realmente debió querer decir el legislador es que cuando de las diferentes cosas aportadas por los socios á la razón social, alguna de ellas perece después de llevada al fondo común no se extingue la sociedad, porque efectivamente si esa cosa no es la que constituye la esencia del contrato ó la que determinó la constitución de dicha sociedad, existiendo otros varios bienes que la integren y pudiendo los unos sustituir á los otros y cohonestar respectivamente los efectos de su pérdida, habrá á lo mas una depreciación de los haberes sociales, pero nunca una causa de disolución por perecimiento de la masa social. De manera que como se comprende fácilmente debe distinguirse para los efectos de la extinción de la sociedad el perecimiento de la cosa especifica ó determinada, de la pérdida de algunos de los bienes sociales: en el primer caso la extinción viene de hecho y de derecho por la imposibilidad de continuar esa relación jurídica sin objeto de la misma y porque donde no hay causa no puede haber efecto: en el segundo, no hay causa verdadera de extinción ni realmente se extingue la sociedad mientras que el caudal de bienes ó sumas sociales que la misma conserva es bastante para llenar las necesidades y obligaciones de la razón social.

Precedentes vemos en las leyes 58.ª y 63.ª, párrafo 10, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto; 10.ª, tit. 10, Part. 5.ª; y el art. 1596 del Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos al que comentamos, que en relación está con los arts. 1122, 1182, 1462 y 1463 de este mismo Código, así como con los arts. 170 y 172 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1867 del Código de Francia, 1731 del de Italia, 1867 del de Belgica, 1815 del de Guatemala, 2102 del de Chile, 1773 del de la República Argentina, 1877 al 1879 del de Bolivia, 1685 del de Holanda, 1341 del de Vaud, 2849 del de la Luisiana, 2939 del de México, 2307 del de la Baja California, 2048 del de Veracruz-Llave, 2439 del de Campeche, y otros.

Art. 1702. La sociedad constituida por tiempo determinado puede prorrogarse por consentimiento de todos los sócios.

El consentimiento puede ser expreso ó tácito, y se justificara por los medios ordinarios.

Este artículo implica más que otra cosa, una renovación social cuando el contrato se otorgó por tiempo determinado, pues extinguiéndose por la na-

Digitized by Google

turaleza del mismo al finalizar el plazo para que se constituyó, sin una nueva convención no podría tener vida legal aquella sociedad, ni aun para los mismos fines y con las mismas condiciones que para la constituida por plazo fijo; y así se comprende perfectamente leyendo el art. 223 del Código de Comercio en el que se determina que las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita ó presunta de los socios después que se hubiera cumplido el termino por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía, celebrarán un nuevo contrato sujeto á las formalidades prescritas para su establecimiento: lo cual, en nuestro entender, es lo que con arreglo á estricto derecho debe suceder, puesto que de otro modo se daria el caso de sostener la constitución de una sociedad establecida á término fijo, sin el consentimiento expreso necesario é indispensable para todo contrato aun los de ménos importancia que el que nos ocupa: y si bien es verdad que en el arrendamiento se ven ordinariamente estas prórrogas, nunca pueden equipararse los efectos de éste y aquel contrato.

Verdad es que al prevenir el apartado 2.° del artículo que comentamos al presente, que el consentimiento puede ser expreso ó tácito, se pone en contradicción con el artículo citado del Código de Comercio, pero también es cierto que ante el derecho estricto, ante el buen sentido y ante la práctica de los Tribunales, rara será la vez que se sostenga la existencia de una sociedad á término por la prueba indirecta de un consentimiento tácito, sino que siempre vendría á determinarse aquella subsistencia y aquella prórroga por la expresión clara y terminante de la insistencia en el consentimiento anteriormente prestado por las partes, y así lo expresan el Código de Francia en su art. 1866, el de Italia en su art. 1730, el de Bélgica en su art. 1866, y otros varios Códigos, en todos los cuales se dice de un modo claro y patente que la prórroga de una sociedad contraida por tiempo determinado, solo podrá probarse por los medios con que se pruebe el contrato de sociedad ó por un documento que esté revestido de las mismas formalidades que aquel en que se consigna dicho contrato.

Concordancias vemos también en los arts. 1814 del Código de Guatemala, 1884 del del Uruguay, 2098 del de Chile, 1766 del de la República Argentina, 1340 del de Vaud, 2849 del de la Luisiana, 1876 del de Bolivia, y otros.

Art. 1703. Si la sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva sociedad. Si se prorroga antes de espirado el término, continúa la sociedad primitiva.

En nuestro concepto, el artículo que acaba de consignarse, es una consecuencia lógica de lo que acabamos de exponer en el comentario anterior, pues

Digitized by Google

en efecto, cuando la manifestación de la voluntad de los socios se expresa antes de la terminación del plazo, no puede ménos de significar que la prórroga de aquel consentimiento bajo el que se constituyó dicha relación jurídica, es esencialmente confirmatoria de la conjunción de las referidas voluntades acerca del mismo fin consignado en el contrato; y por ello, lo mismo que si al escriturarse se consignara una cláusula expresando que transcurrido un segundo término sin separar los bienes sociales, se entendería prorogado; debe entenderse que continúa la primera sociedad cuando esa confirmación del consentimiento se verifica antes de terminar el plazo. Pero si cuando ya se extinguió la sociedad por finir su término ó el plazo por el que se constituyó se quiere prorogar, como no hay nada en lo humano que pueda revivir sin un nuevo nacimiento, de aquí el que nuestro Código determine lógicamente que se entiende constituida una nueva sociedad, pues la diferencia esencial entre estos dos casos, está en que en el primero la relación jurídica establecida por el contrato no se ha roto, y lejos de ello, las relaciones sociales se estrechan más y más extendiendo el *vinculum juris* á un término más ámplio que aquel para que desde un principio se estipuló; mientras que en el segundo, como rota está la relación jurídica establecida, tiene que constituirse un nuevo contrato renovando aquella estipulación bajo los mismos auspicios y condiciones.

El Código de Comercio, en su art. 223, guarda perfecta relación con el que al presente nos ocupa, y concuerda con el art. 1814 del de Guatemala y otros varios.

Art. 1704. Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho á que se haga la partición, fijándola en el dia de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel dia.

Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el núm. 4.° del art. 1700.

Este artículo á primera vista se presenta difícil, y sin embargo leyéndolo detenidamente es sencillísimo, pues se reduce á presentar dos casos: primero, el pacto social en el cual se estipula que si de tres socios fallece uno, los otros dos continuarán en la sociedad; en este caso, á la muerte de uno de los socios, se hace la partición, se entrega lo que correspondia al finado á sus herederos, y los otros dos socios ó más si los hubiere, continuan en la sociedad sin que por

Digitized by Google

los actos subsiguientes desde el fallecimiento de su consocio deban compartir con sus herederos ganancias y pérdidas.

Segundo caso, el pacto se establece determinando que la sociedad continuará entre los socios que sobrevivan y el heredero ó herederos de los que hubieran fallecido: pues bien, cuando ésto suceda, los herederos del finado son una continuación de éste, y por lo tanto, muchos ó pocos, sean los que fueren, continuarán la personalidad de su causante, recibiendo como los demás socios la parte proporcional de ganancias que aquél hubiera percibido, contrayendo las responsabilidades que la persona á quien representan hubiera contraido, y quedando sujeto como el primitivo socio premuerto, para los efectos de la separación de la sociedad por propia voluntad, á lo que determinan los arts. 1705 y 1707 á que se refiere el número cuarto del art. 1700.

Precedentes encontramos en la ley 65, párrafo 9.°, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto, y aun en el párrafo 10 de la misma ley; y en la 40 de dicho título y libro.

El Proyecto de 1851, en su art. 1597, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el 660 y el 661 de este mismo Código, y con el 222 del Código de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1868 del Código de Francia, 1732 del de Italia, 1868 del de Bélgica, 1277 del de Portugal, 1880 del de Bolivia, 1208 del de Austria, 1668 del de Holanda, 1342 del de Vaud, 1816 y 1817 del de Guatemala, 1889 y 1891 del del Uruguay, 2103 y 2105 del de Chile, 2049 del de Veracruz-Llave, 1760 y 1761 del de la República Argentina, 2443 y 2444 del de México, 2311 y 2312 del de la Baja California y 2443 y 2444 del de Campeche.

Art. 1705. La disolución de la sociedad por la voluntad ó renuncia de uno de los socios, únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, ó no resulta éste de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fé en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros sócios.

Nada hemos de decir de este artículo porque realmente es de buen sentido; y más dados los principios que dejamos anteriormente sentados, pues nadie duda: que la disolución por voluntad de una de las partes no puede tener lugar en los contratos sociales en que se haya señalado término para su duración, ó de la naturaleza del negocio se deduzca dicho término: que en los demás en que la ley consiente la disolución social por voluntad de uno de los socios, el que la pretenda ha de hacerlo ante todo con buena fe, porque no sería justo se admitiese por efecto de un acto ilícito ó de un acto hijo de la mala fe que el ar-

Digitized by Google

ticulo siguiente califica: que ha de verificarse en tiempo oportuno, porque hay momentos en que los socios no pueden pedir la disolución; y prévio aviso á los demás socios, porque así como concurrieron con sus voluntades á la constitución del contrato social, deben ser parte en su disolución.

Precedentes encontramos relativamente al primer apartado del artículo que nos ocupa en las leyes 5.ª, tit. 37, lib. 4.° del Código Justinianeo: 4.ª, párrafo 1.°, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto; párrafo 4.°, tit. 26, lib. 3.° de la Instituta, y leyes 14 y siguientes del tit. 2.°, lib. 17 del Digesto ya citado; ocupándose de la renuncia fraudulenta la ley 12, tit. 10, Part. 5.ª, y de la renuncia intempestiva la ley 11 del mismo título y Partida, en la que también se ordena que se ponga en conocimiento de los demás socios la voluntad de disolver la sociedad expuesta por cualquiera de ellos como lo exigía la ley 17, párrafo 1.°, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1598, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con el art. 224 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1869 del Código de Francia, 1733 del de Italia, 1818 del de Guatemala, 1769 del de la República Argentina, 1881 del de Bolivia, 289 del de Prusia, 1212 del de Austria, 1343 del de Vaud, 1686 del de Holanda, 2855 del de la Luisiana, 1278 del de Portugal, 1894 y 1895 del del Uruguay, 2108 al 2110 del de Chile, 2445 y 2446 del de México, 2313 y 2314 del de la Baja California, 2445 y 2446 del de Campeche y 2051 del de Veracruz-Llave.

Art. 1706. Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad.

Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes.

Viene prefijándose en este artículo cuando hay mala fe y cuando es extemporánea la renuncia para completar de este modo el artículo anterior y principalmente su segundo apartado; pero lo hace de tal manera que realmente no se expresa bien lo que significa para los efectos jurídicos aquí determinados esa mala fe y esa extemporaneidad, si bien es cierto que el precepto que nos ocupa es difícil sentarlo de una manera técnica y expresiva, pues depende de circunstancias mil y es verdaderamente casuística la regla que habría que fijar; pues la mala fe puede consistir en el conocimiento que uno de los socios tenga de la realización de un pingüe negocio dentro de la industria ú objeto para que

Digitized by Google

se constituyó la sociedad, como puede consistir en otras muchas eventualidades al parecer, que el socio renunciante provocara por medio de terceras personas ó realizando un doble juego con relación á los asuntos á que debía dedicarse la sociedad: de todos modos, todo aquello que pueda perjudicar á los demás socios con beneficio preconcebido para el renunciante, arguye mala fe y cuando esta existe la renuncia debe conceptuarse como nula.

En cuanto á la renuncia ó dimisión intempestiva debemos tener en cuenta tambien que depende de circunstancias mil que solo en la práctica y dejando al prudente arbitrio judicial su calificación, puede bien determinarse; pues si cuando una sociedad comienza un trabajo que acaba de contratar, cualquiera de los socios pide su disolución ó renuncia de continuar en ella, evidente es que no puede ser más inoportuna é intempestiva dicha disolución.

La mayor parte de las disposiciones del Digesto antes citadas como las de las Partidas, pueden considerarse precedentes más ó menos afines al precepto que nos ocupa; y análogos preceptos proponia el art. 1599 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1870 del Código de Francia, 1734 del de Italia, 1870 del de Belgica, 1818 del de Guatemala en su apartado segundo, 1882 del de Bolivia, 2856 del de la Luisiana, 1687 del de Holanda, 1344 del de Vaud, 1896 del del Uruguay en sus dos últimos apartados, 2111 del de Chile, 1278 del de Portugal en sus dos últimos apartados, y 2052 y 2053 del de Veracruz-Llave; en todos los cuales se ve que la renuncia es de mala fe cuando el socio renunciante pretende apropiarse exclusivamente los beneficios que los socios se proponian recojer en común, y que es inoportuna cuando las cosas no estuvieren en su estado integral ó si la sociedad se perjudicase con la disolución en aquel momento.

Art. 1707. No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituída por tiempo determinado, á no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros á sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, ú otro semejante, á juicio de los Tribunales.

Ya hemos dicho repetidas veces lo que este precepto contiene: que la disolución social no procede cuando tácita ó expresamente se constituyó la sociedad por tiempo determinado, puesto que lo mismo por disposición consignada en el contrato, que por la naturaleza del negocio se deduce la determinación del tiempo que la sociedad deba durar, y entonces no es la voluntad de uno de los socios la que extingue el contrato social, sino que depende de cualquiera de los justos motivos que se expresan en este artículo ó por otro semejante que los Tribunales en su prudente arbitrio determinen; por cuanto si bien los que

Digitized by Google

más frecuentemente se presentan son la falta de cumplimiento de las obligaciones de uno de los socios, y la inhabilitación de los mismos para los negocios sociales, pueden en la práctica presentarse otros muchos casos que no es fácil determinar en una regla general.

Precedentes encontramos en las leyes 14, 15 y 16, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto, y en la 14, tit. 10, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1600, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 1871 del Código de Francia, 1735 del de Italia, 1871 del de Bélgica, 1883 del de Bolivia, 1684 del de Holanda, 1345 del de Vaud, 2859 del de la Luisiana, 1817 del de Guatemala, 2446 y 2447 del de México, 2314 y 2315 del de la Baja California, 2446 y 2447 del de Campeche, 2054 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1708. La partición entre socios se rige por las reglas de la de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan. Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme á lo dispuesto en el art. 1689, á no haberse pactado expresamente lo contrario.

Precepto es este en el que viene á determinarse como legislación supletoria para los efectos de la sociedad respecto á la partición entre socios, todas las reglas anteriormente expuestas para la partición de herencias, tanto en la forma como en las obligaciones que de ella se derivan, pues los efectos de la partición son los mismos en uno y otro caso, y la igualdad y la justicia que aquella informa observarse debe entre los socios, pues no son estos de peor condición que los coherederos en la división y partición de sus bienes. Pero con relación al socio industrial tenia que hacerse necesariamente la indicación que nuestro Código hace en este artículo y en el 1689, por cuanto como á las herencias no concurre socio industrial alguno, era indispensable determinar á quien habia de equipararse y bajo qué concepto habian de tenerse los beneficios que al mismo correspondieran; así es que capitalizada su industria en la forma conveniente, la distribución de los frutos y beneficios que de la misma resulten ha de ser proporcional para el socio industrial al valor que su inteligencia é industria representen, ya teniendo en cuenta lo que sobre esto se hubiera pactado, ya atendiendo á lo que dicho art. 1689 previene y lo que al comentarlo expusimos para cuando nada se hubiere convenido, pues quedó sentado que el socio meramente industrial tendria una participación igual á la del capitalista que menos caudal hubiera aportado.

Precedentes vemos en la ley 63, tit. 2.°, lib. 17 del Dig.; 16.ª, tit. 10, Part. 5.ª; y en el art. 1601 del Proyecto de 1851 se propuso un precepto análogo.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1872 del Código de Francia, 1736 del de Italia, 1872 del de Bélgica, 1280 del de Portugal, 1884 del de Bolivia, 306 del de Prusia, 2861 del de la Luisiana, 1346 del de Vaud, 1895 del Sardo, 1699 del de Holanda, 1824 del de Guatemala, 1898 del del Uruguay, 2115 del de Chile, 1788 del de la República Argentina, 2055 del de Veracruz-Llave, 2448 del de México, 2316 del de la Baja California y 2448 del de Campeche.

Asociación.—Ley de 30 de Junio de 1887 regulando el derecho de asociación que reconoce el art. 13 de la Constitución.

Gob.—D. Alfonso XIII, etc. Sabed; que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:

Art 1.° El derecho de asociación que reconoce el art. 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, conforme á lo que preceptúa esta ley. En su consecuencia, quedan sometidas á las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, benéficos y de recreo ó cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro ó la ganancia.

Se regirán por esta ley los gremios, las sociedades de socorros mútuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción de crédito ó de consumo.

Art. 2.° Se exceptúan de las disposiciones de la presente ley:

1.° Las asociaciones de la religión católica autorizada en España por el Concordato.

Las demás asociaciones religiosas se regirán por esta ley, aunque debiendo acomodarse en sus actos las no católicas á los límites señalados por el art. 11 de la Constitución del Estado.

2.° Las sociedades que no siendo de las enumeradas en el art. 1.°, se propongan un objeto meramente civil ó comercial, en cuyo caso se regirán por las disposiciones del derecho civil ó del mercantil, respectivamente.

3.° Los institutos ó corporaciones que existan ó funcionen en virtud de leyes especiales.

Art. 3.° Sin perjuicio de lo que el Código penal disponga relativamente á los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio del derecho de asociación, ó por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la presente ley para que las asociaciones se constituyan ó modifiquen, el Gobernador de la provincia impedirá que funcionen y que celebren reuniones los asociados, poniendo los hechos en conocimiento del Juzgado de instrucción correspondiente dentro de las veinte y cuatro horas siguientes á su acuerdo.

Art. 4.° Los fundadores ó iniciadores de una asociación, ocho días por lo menos antes de constituirla, presentarán al Gobernador de la provincia en que haya de tener aquélla su domicilio dos ejemplares, firmados por los mismos, de

Digitized by Google

los estatutos, reglamentos, contratos ó acuerdos por los cuales haya de regirse, expresando claramente en ellos la denominación y objeto de la asociación, su domicilio, la forma de su administración ó gobierno, los recursos con que cuente ó con los que se propongo atender á sus gastos, y la aplicación que haya de darse á los fondos ó haberes sociales caso de disolución.

Las formalidades prevenidas en el párrafo anterior se exigirán igualmente y deberán llenarse ante el Gobernador de la provincia en que se constituya sucursal ó establecimiento ó dependencia de una asociación ya formada.

Del mismo modo estarán obligados los fundadores, presidentes, directores ó representantes de asociaciones ya constituidas y de sucursales ó dependencias de las mismas, á presentar al Gobernador de la provincia respectiva, dos ejemplares formados, de los acuerdos, que introduzcan alguna modificación en los contratos, estatutos ó reglamentos sociales.

En el acto mismo de la presentación se devolverá á los interesados uno de los dos ejemplares con la firma del Gobernador y sello del Gobierno de la provincia, anotando en él la fecha en que aquélla tenga lugar.

También estarán obligados los directores, presidentes ó representantes de cualquier asociación á dar cuenta dentro del plazo de ocho días, de los cambios de domicilio que la asociación verifique.

En el caso de negarse la admisión de los documentos á registro, los interesados podrán levantar acta notarial de la negativa con inserción de los documentos, la cual acta surtirá los efectos de la representación y admisión de los mismos.

Art. 5.° Trascurrido el plazo de ocho días que señala el parrafo 1.° del artículo anterior, la asociación podrá constituirse ó modificarse con arreglo á los estatutos, contratos, reglamentos ó acuerdos presentados, salvo lo que se dispone en el artículo siguiente.

Del acta de constitución ó de modificación, deberá entregarse copia autorizada al gobernador ó gobernadores respectivos dentro de los cinco días siguientes á la fecha en que se verifique.

Art. 6.° Si los documentos presentados no reunen las condiciones exigidas en el art. 4.°, el Gobernador los devolverá á los interesados en el plazo de ocho días, con expresión de la falta de que adolezcan, no pudiendo, por consiguiente, constituirse la asociación mientras la falta no se subsane.

Cuando de los documentos presentados en cumplimiento del mismo artículo 4.°, aparezca que la asociación deba reputarse ilícita, con arreglo á las prescripciones del Código penal, el Gobernador remitirá inmediatamente copia certificada de aquellos documentos al Tribunal ó Juzgado de instrucción competente, dando conocimiento de ello dentro del plazo de ocho días que fija el párrafo anterior, á las personas que los hubiesen presentado, ó á los directores, presidentes ó representantes de la asociación si ésta estuviese ya constituida.

Digitized by Google

Podrá la asociación constituirse ó reanudar sus funciones si dentro de los veinte dias siguientes á la notificación del acuerdo á que se refiere el párrafo anterior, no se confirma por la autoridad judicial la suspensión gubernativa.

Art. 7.° En cada Gobierno de provincia, se llevará un Registro especial, en el cual se tomará razón de las asociaciones que tengan domicilio ó establecimiento en su territorio á medida que se presenten las actas de constitución.

Se consideran parte integrante en el Registro todos los documentos cuya presentación exija esta ley.

Art. 8.° La existencia legal de asociaciones se acreditará con certificados expedidos con relación al Registro, los cuales no podrán negarse á los directores, presidentes ó representantes de la asociación.

Ninguna asociación podrá adoptar una denominación idéntica á la de otra ya registrada en la provincia, ó tan parecidas que ambas puedan fácilmente confundirse, aplicando el Gobernador en este caso lo dispuesto en el párrafo 1.° del art. 6.°.

Art. 9.° Los fundadores, directores, presidentes ó representantes de cualquier asociación darán conocimiento por escrito al Gobernador civil en las capitales de provincia, y á la autoridad local en las demás poblaciones, del lugar y dias en que la asociación haya de celebrar sus sesiones ó reuniones generales ordinarias, veinte y cuatro horas antes de la celebración de la primera.

Las reuniones generales que se celebren ó promuevan las asociaciones quedarán sujetas á lo establecido en la ley de reuniones públicas cuando se verifiquen fuera del local de la asociación ó en otros dias que los designados en los estatutos ó acuerdos comunicados á la autoridad ó cuando se refieran á asuntos extraños á los fines de aquélla, ó se permita la asistencia de personas que no pertenezcon á la misma.

Art. 10. Toda asociación llevará y exhibirá á la autoridad, cuando ésta lo exija, registro de los nombres, apellidos, profesiones ó domicilios de todos los asociados, con expresión de todos los individuos que ejerzan en ella cargo de administración, gobierno ó representación.

Del nombramiento ó elección de éstos deberá darse conocimiento por escrito al Gobernador de la provincia dentro de los cinco dias siguientes al en que tenga lugar.

También llevará uno ó varios libros de contabilidad, en los cuales, bajo la responsabilipad de los que ejerzan cargos administrativos ó directivos, figurarán todos los ingresos y gastos de la asociación, expresando inequivocamente la procedencia de aquéllos y la inversión de éstos. Anualmente remitirá un balance general al Registro de la provincia.

La falta de cumplimiento de lo prevenido en este articulo se castigará por el Gobernador de la provincia con multa de 50 á 150pesetas, á cada uno de

Digitized by Google

los directores ó socios que ejerzan en la asociación algún cargo de gobierno, sin perjuicio de las responsabilidades civiles ó criminales que fuesen procedentes.

Art. 11. Las asociaciones que recauden ó distribuyan fondos con destino al socorro ó auxilio de los asociados ó á fines de beneficencia, instrucción ú otros análogos, formalizarán semestralmente las cuentas de sus ingresos y gastos, poniéndolas de manifiesto á sus socios y entregando un ejemplar de ellas en el Gobierno de provincia, dentro de los cinco dias siguientes á su formalización.

La inobservancia de este artículo se castigará por los medios expresados en el anterior.

Art. 12. La autoridad gubernativa podrá penetrar en cualquier tiempo en el domicilio de una asociación y en el local en que celebren sus reuniones, y mandará suspender en el acto toda sesión ó reunión en que se cometa ó acuerde cometer alguno de los delitos definidos en el Código penal.

El Gobernador de la provincia podrá también acordar, especificando con toda claridad los fundamentos en que se apoye la suspensión de las funciones de cualquier asociación cuando de sus acuerdos ó de los actos de sus individuos, como socios, resulten méritos bastantes para estimar que deben reputarse ilícitos, ó que se han cometido delitos que deban motivar su disolución.

En todo caso, la autoridad gubernativa, dentro de las veinticuatro horas siguientes á su acuerdo, pondrá en conocimiento del Juzgado de instrucción correspondiente, con remisión de antecedentes, los hechos que hayan motivado la suspensión de la asociación ó de sus sesiones y los nombres de los asociados ó concurrentes que aparezcan responsables de ellos.

La suspensión gubernativa de una asociación quedará sin efecto si antes de los veinte dias siguientes al acuerdo no fuese confirmada por la autoridad judicial, en virtud de lo prevenido en el art. 14.

Art. 13. Los términos que señala esta ley para que la autoridad gubernativa ponga en conocimiento de la judicial los acuerdos que adopte respecto de las asociaciones, se entenderán ampliados, con arreglo á la de Enjuiciamiento criminal, en un dia por cada 20 kilometros de distancia cuando la asociación no tenga su domicilio en la capital ó residencia del Tribunal competente para instruir las diligencias á que dieren lugar los hechos que motiven el acuerdo.

Art. 14. La autoridad judicial podrá decretar la suspensión de las funciones de cualquier asociación desde el instante en que dicte auto de procesamiento por delito que dé lugar á que se acuerde la disolución en la sentencia.

Art. 15. La autoridad judicial será la única competente para decretar la disolución de las asociaciones constituidas con arreglo á esta ley.

Deberá acordarla en las sentencias en que declare ilícita una asociación,

Digitized by Google

conforme á las disposiciones del Código penal, y en las que dicte sobre delitos cometidos en cumplimiento de los acuerdos de la misma.

Podrá también decretarla en las sentencias que dicte contra los asociados por delitos cometidos por los medios que la asociación les proporcione, teniendo en cuenta en cada caso la naturaleza y circunstancias del delito, la índole de los medios empleados y la intervención que la asociación haya tenido en el empleo de dichos medios y en los hechos ejecutados.

Art. 16. Decretada por sentencia firme la disolución de una asociación, no podrá constituirse otra con la misma denominación, ni con igual objeto, si éste hubiere sido declarado ilícito. Si no lo hubiere sido, y se constituyera otra asociación con igual denominación ú objeto, no podrán formar parte de ella los individuos á quienes se hubiese impuesto pena en dicha sentencia.

La suspensión producirá el efecto de impedir que se constituya otra asociación con la misma denominación ú objeto de que formen parte individuos de la asociación suspensa, é incapacitará á los asociados de ésta para reunirse en el local de sus sesiones ó en otro que adoptaren para ello, durante el tiempo que la suspensión deba subsistir.

Art. 17. De las sentencias ó providencias en que se acuerde la disolución ó suspensión de las funciones de una asociación, ó en que ésta se deje sin efecto, dará la autoridad judicial conocimiento al Gobernador de la provincia en el término de segundo día.

Art. 18. Las asociaciones quedan sujetas, en cuanto á la adquisición, posesión y disposición de sus bienes, para el caso de disolución, á lo que dispongan las leyes civiles respecto á la propiedad colectiva.

Art. 19. Quedan derogadas todas las disposiciones anteriores en cuanto se opongan á la presente ley.

Artículo adicional. Las asociaciones existentes quedan sometidas á las disposiciones de esta ley, y deberán cumplir lo dispuesto en el art. 4.°, si ya no lo hubieren hecho anteriormente, dentro de los 40 días siguientes á su publicación en la *Gaceta de Madrid*, siéndoles aplicable, si no lo verifican dentro de este plazo, lo prevenido en el art. 3.°

Por tanto: mandamos, etc.—Dado en Palacio á 30 de Junio de 1887.—Yo la Reina Regente.—El Ministro de la Gobernación, Fernando de León y Castillo. (*Gaceta* 12 Julio.)

Esta ley de importancia suma, es de frecuente aplicación; y no debe confundirse en manera alguna con la ley de reuniones públicas, asociaciones, etc. etc., de 15 de Junio de 1880, consignada en la Gaceta de 16 de Junio de aquel año.

Digitized by Google

TÍTULO IX.

Del mandato.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la naturaleza, forma y especie del mandato.

Art. 1709. Por el contrato de mandato se obliga una persona á prestar algún servicio ó hacer alguna cosa, por cuenta ó encargo de otra.

El título noveno que entramos á estudiar, trata del contrato de mandato, también bastante interesante; y, dividiéndolo en cuatro capítulos, dedica el primero á la naturaleza, forma y especies del mandato; trata en el segundo de las obligaciones del mandatario; se ocupa en el tercero de las obligaciones del mandante; y, por último, en el cuarto capítulo entraña todo lo relativo á los modos de acabar dicho contrato.

Se nota en este capítulo, como en algunos otros relativos á los contratos, que, separándose el legislador de la costumbre de no definir, observada en el resto del Código, viene á sentar una indirecta definición de algunos de dichos contratos, como sucede en el presente, puesto que el art. 1709 con que se encabeza este capítulo, determina la relación jurídica que nace del contrato de mandato desde el momento en que expresa que por él se obliga una persona á prestar algún servicio ó hacer alguna cosa por cuenta ó encargo de otra, cuya determinación es la que encontraríamos siempre en la más detenida y técnica definición del contrato de mandato.

No hemos de decir aquí lo que el derecho romano exponía acerca del mismo, ni del carácter esencial que en aquella época tenía de ser gratuito, transformándose en arrendamiento todo mandato cuando por él se daba un salario ó recompensa; y convirtiéndolo en verdadero contrato inominado de *do ut facias*, cuando se recompensa anticipadamente un servicio con lo cual no podía menos de perder su antiguo nombre el mandatario *procurator*, y aquél con que en la antigüedad se conoció al mandante ó sea *mandans*.

Contractus consensuales, quo negotium honestum alteri id suscipienti gratis gerendum committitur, lo definen los intérpretes, como lo hacen los Có-

Digitized by Google

digos de Francia, Austria, Bélgica, Holanda, Baviera, Italia, Portugal, México, Campeche, Chile, Baja California, Uruguay, Guatemala, Veracruz-Llave y otros. El mandato es un contrato consensual en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente (ó con recompensa, según el Código de Italia), á realizar un negocio por cuenta de otra que le dió este mandato. Y esos mismos Códigos, como el francés y el belga, tienen otros artículos (los 1986 y 1739 respectivamente), en que se previene que el mandato será gratuito si no se ha pactado lo contrario.

Las leyes romanas (ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 17 del Digesto y párrafo 13, tit. 27, lib. 3.º de las Instituciones), en cambio consideraban nulo el mandato sino era gratuito; si bien la ley 6.ª del tit. 1.º, lib. 17 del mismo Digesto, vino á establecer una diferencia entre el salario, precio, paga, *merces* y el honorario, que en lo substancial no altera la esencia de la cosa, pero cuyo distingo sirvió para satisfacer la verdadera acepción de la palabra mandato ante el derecho romano, convirtiéndole, como hemos dicho, en un verdadero contrato innominado en aquella legislación donde el formularismo tanto predominó.

Por muy elevado y sublime que sea el carácter de desinteres y generosidad que informaba al mandato en lo antiguo, hay que comprender que en el positivismo que hoy domina en la vida práctica, dada la independencia individual que en esta época existe, y esa carencia de dominio que en otros tiempos llegaba al vasallaje, no es de estrañar que el mandato haya perdido su antiguo carácter caballeresco y platónico, si se quiere, pero impracticable al presente por la distinta manera de ser de unos y otros tiempos, por el individualismo que se impone dentro de un socialismo popular y por las imperiosas necesidades de la vida, cuyo honrado sostenimiento depende del trabajo constante mediante pago ó recompensa.

Todo se estrella ante la sencilla realidad de las cosas; el eclecticismo domina, porque todo se va haciendo eminentemente práctico, y como la práctica, á pesar de ser material y grosera, vive de la naturaleza real y efectiva, impónese en ella la manera de satisfacer las perentorias necesidades de la humanidad, y haciéndose independiente en el individuo, se hace esclava en el trabajo para conservar esa independencia individual; por esto, comprendiendo que á todo puede aplicarse los verdaderos principios del arriendo de obra y de hechos, vienen á enseñorearse insensiblemente los antiguos contratos innominados bajo diferentes formas, recompensándose lo mismo el trabajo del más humilde operario que el del talento mas privilegiado con un pago, una indemnización, unos honorarios, que al fin y al cabo otra cosa no son que el precio que por el trabajo se percibe; precio indispensable, jornal necesario fatalmente lo mismo al obrero de uno y otro rango, para sufragar las necesidades de alimentarse y de vivir que la misma naturaleza exige.

Todo lo demás, por muy elevado y sublime que aparezca, decae ante la prosáica realidad.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las disposiciones antes indicadas del Digesto y de la Instituta; y en el art. 1602 del Proyecto de 1851 se propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1984 y 1986 del Código de Francia, 1737 y 1739 del de Italia, 1984 y 1996 del de Bélgica, 1994 del de Bolivia, 1984 del de Rusia, 1.° y 6.°, tit. 13, parte 1.ª del de Prusia, 1002 y 1004 del de Austria, 1829 y 1831 del de Holanda, 1467 del de Vaud, 2954, 2957 y 2960 del de la Luisiana, 2184 del de Guatemala, 2012 del del Uruguay, 2116 del de Chile, 1869 del de la República Argentina, 2474 del de México, 2342 del de la Baja California, 2474 del de Campeche, 2057 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1710. El mandato puede ser expreso ó tácito.

El expreso puede darse por instrumento público ó privado y aun de palabra.

La aceptación puede ser también expresa ó tácita, deducida esta última de los actos del mandatario.

No todos están conformes con el precepto de este artículo, porque lo natural es que sea el mandato expreso, como expreso debe ser todo contrato, porque si la vida de éstos depende del consentimiento, nace de la congruencia de las voluntades de los contratantes acerca de un mismo objeto, es lógico que estas voliciones se manifiesten expresamente para crear relaciones jurídicas entre las personas que convienen en una cosa, y para que de esa relación nazca y arranque el *vinculum juris* que liga á los contratantes; y mucho más cuando se exige la aceptación del mandato.

Nosotros no vemos facil mandato tácito, y aceptación tácita; pero comprendemos mejor esta última, puesto que puede deducirse fácilmente de los hechos posteriores al mandato, que no signifiquen otra cosa que una tácita aceptación démostrada por la ejecución de lo mandado.

De lo que preceptúan los Códigos extranjeros, no se deduce que todos rechacen el mandato tácito, sino que por el contrario, mientras unos lo omiten, otros lo admiten de modo claro y terminante, no por extricto derecho, sino porque la práctica ha impuesto la necesidad de facilitar este especialisimo y frecuente contrato.

Y por si esto fuese poco, hemos tenido en vigor la ley 60, tit. 17.°, lib. 50 del Digesto, en la que se sienta la regla general de derecho de que la ratificación se equipara al mandato; pues si bien no hay propiedad ó exactitud en igualar el caso del que ignora la gestión ó agencia oficiosa, y el del que la sabe, por cuanto el que sabe que otro opera en su nombre, realmente de un modo tácito consiente por no prohibirlo pudiéndolo prohibir; mientras el que ignora tales

Digitized by Google

gestiones solo queda obligado por equidad; es lo cierto que, admitida una presunción legal, no puede ménos de admitirse todas las que lógicamente se desprenden de ciertos hechos, con tal que no se opongan á la ley ni perjudiquen á tercera persona que evidentemente no quiso obligarse.

Por tódas estas y otras consideraciones, nosotros que no somos partidarios de los contratos tácitos, y que comprendemos perfectamente que en rigor de derecho no puede equipararse el caso del que ignora con el del que conoce la gestión de otro, admitido por la ley el mandato tácito, vemos facil y hacedero que la ratificación de un hecho efectuado por una persona á nombre de otra sin ésta saberlo, se equipare al mandato.

En cuanto á la forma del mandato expreso, no cabe duda que puede hacerse por instrumento público ó privado, y hasta de palabra. Están en ello conformes todos los Códigos modernos, como lo estuvieron las leyes 1.ª, tit. 1.º, lib. 17 del Digesto, y 24, tit. 12, Part. 5.ª.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1603, propuso preceptos análogos al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1216 al 1218, 1228 y 1280 de este mismo Código, y con el art. 249 del Código de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1985 del Código de Francia; 2.º, cap. 9, libro 4.º del de Baviera; 1738 del de Italia; 1985 del de Bélgica; 2014 y 2019 del del Uruguay; 1005 del de Austria; 1830 del de Holanda; 1468 del de Vaud; 1873 al 1876 del de la República Argentina; 2961 del de la Luisiana; 2058 del de Veracruz-Llave, 2477 al 2480 del de México, 2345 al 2348 del de la Baja California; 2477 al 2480 del de Campeche; 1318 al 1322 del de Portugal; 2185 y 2188 del de Guatemala y 2124 del de Chile; si bien debe hacerse presente que en estos seis últimos Códigos no se trata del mandato tácito, sino del expreso; se prescribe claramente que el mandato se perfecciona por la aceptación; y que ésta puede ser expresa y tácita.

De manera que sobre este particular se ve la misma dualidad entre los Códigos extranjeros, que entre los tratadistas de derecho; pues mientras Troplong, Aubry y Rau, Zachariæ y otros, sostienen de un modo que parece incontestable que el mandato puede ser tácito, es decir, que puede resultar por vía de inducción de la existencia de ciertos hechos ó de ciertas circunstancias; otros escritores no menos notables que aquéllos, entre los cuales encontramos á Toullier, Proudhon y otros, sostienen con gran lógica y acierto, que el mandato no puede ser tácito, fundándose los primeros en una regla del derecho romano, inaplicable dentro del derecho extricto moderno; y hasta contradictoria es con algunos principios de aquel antiguo derecho, la ley 60 del Digesto de *regulis juris*: *qui non prohibet pro se intervenire mandare videtur.*

Solo la equidad puede sostener el mandato tácito, no la regla de derecho antes transcrita, ni mucho ménos el extricto derecho moderno; pues si el mandato es un contrato, y la generación de éstos se opera por el consentimiento

Digitized by Google

expreso, por la convención ó confluencia de dos voluntades acerca de una misma idea, de un idéntico objeto, no puede haber relación jurídica donde no hay expresión manifiesta de conjunción de voluntades, no puede haber vínculo de derecho donde no exista expresa manifestación de pacto y de cumplir lo paccionado.

Art. 1711. A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.

Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.

Ya lo dijimos antes, nació el mandato, por su propia naturaleza gratuito; se hace en la práctica retribuido: pero la ley sienta aquí dos presunciones contrarias; la establecida como regla general, siguiendo el origen y naturaleza del mandato, la de suponer gratuito el mandato; mas otra que pudiera suponerse una excepción; es decir, la de entenderse retribuido el mandato cuando el mandatario tiene por ocupación habitual la realización de aquello que se le manda; pues supónese que el mandato no es gratuito por esencia, sino solo por su naturaleza y origen, y que la estipulación de unos honorarios no altera su carácter; porque el rasgo distintivo del mandato, es la función representativa del mandatario y nada más, ya que en nuestro derecho, el mandatario obliga al mandante respecto de tercero, lo cual no sucedía ante el derecho romano, que hoy ya no puede invocarse como la razón y base del sostenimiento de ciertas teorías, admitidas en esta época como buenas doctrinas.

Precedentes encontramos en el párrafo 13, tit. 26, lib. 3.° de la Instituta; leyes 1.ª, párrafo 4.°, y 6.ª, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto; tiene el Tribunal Supremo establecida la misma doctrina en varias de sus sentencias, entre otras las de 15 de Diciembre de 1860 y 21 de Febrero de 1863; estando en relación el precepto que comentamos con el art. 277 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1986 del Código de Francia; 1739 del de Italia; 1986 del de Bélgica; 1331 del de Portugal; 2193 del de Guatemala; 2013 del del Uruguay, 2117 del de Chile, 1871 del de la República Argentina, 2960 del de la Luisiana; 1831 del de Holanda; 1004 del de Austria; 2506 del de México; 2374 del de la Baja California; 2506 del de Campeche y otros.

Art. 1712. El mandato es general ó especial.

El primero comprende todos los negocios del mandante.

El segundo uno ó más negocios determinados.

Digitized by Google

Se ve que los preceptos que contiene este artículo son puramente doctrinales: nada mandan, nada disponen, no hacen más que determinar la división del mandato en general y en especial, y exponer lo que se entiende por mandato general que no es otro que el que abarca todos los negocios del mandante, y expresar lo que es el mandato especial, que es el que se circunscribe á uno ó más negocios determinados.

El Código francés, como el belga, en sus arts. 1987 (pues coinciden hasta en el articulado); el de Holanda, en su art. 1832, y el de Italia en su art. 1740, vienen á determinar lo mismo, que el mandato será especial para un asunto ó para ciertos asuntos solamente, y general para todos los asuntos ó negocios del mandante. No es fácil la definición precisa y técnica del mandato general y del mandato especial, pero con lo expuesto en los indicados Códigos y en el nuestro basta para determinar y dar una idea exacta de lo que cada uno de los mandatos comprende, si bien algunos tratadistas como Troplong, queriendo precisar más los términos de una definición, supone que la procuración es general aunque cierre al mandatario en una determinada función, con tal que en ella le deje el poder de hacer todos los negocios previstos ó imprevistos; por lo que sustenta la idea de que hay dos especies de procuraciones generales: la una que comprende todos los negocios del mandante, y la otra que comprende un cierto género de negocios; y que también hay dos especies de procuraciones especiales: la una para negocios ciertos hasta llevarlos á su fin, y la otra para un determinado acto aislado de un determinado negocio.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 1.º, tit. 3.º, lib. 3.º del Digesto, y 19, tit. 5.º, Part. 5.ª; habiendo propuesto preceptos análogos el art. 1604 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 1987 del Código de Francia; 1740 del de Italia; 1987 del de Bélgica; 118 del de Prusia; 1006 del de Austria; 1832 del de Holanda; 1469 del de Vaud, 2963 y 2964 del de la Luisiana; 2186 del de Guatemala; 2015 del del Uruguay; 2130 del de Chile; 1879 del de la República Argentina; 1323 y 1324 del de Portugal; 2481 del de México; 2349 del de la Baja California; 2481 del de Campeche y otros.

Art. 1713. El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.

Para transigir, enajenar, hipotecar ó ejecutar cualquier otro acto de rigoroso dominio, se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros ó amigables componedores.

Viene aquí distinguiendo nuestro Código la diferente extensión de uno y otro mandato, y la intensidad, si se nos permite la frase, en sus efectos. El ge-

Digitized by Google

neral no comprende más que la administración, por más que se extienda á todos los bienes. El particular limitándose á un negocio, tiene más intensidad; y para transigir, hipotecar ó ejecutar cualquier otro acto de rigoroso dominio, se necesita mandato expreso, lo cual corrobora la tésis por nosotros antes sustentada de que el mandato debe ser expreso.

También es evidente que por el hecho de facultar á uno para que transija, no le autoriza para que él á su vez comprometa el asunto al juicio de árbitros ó amigables componedores, por la razón sencilla que luego se consigna en el artículo siguiente, porque el mandatario no puede traspasar los límites del mandato y porque la facultad de transigir confiere al mandatario la de terminar el pleito por sí mismo con las condiciones que él estime convenientes, mientras que el compromiso le dá la de someter el pleito á un juicio arbitral, y como èstas dos cosas son bien diferentes, no es dado al mandatario confundirlas sin desnaturalizar el objeto del mandato.

En cuanto á los primeros apartados de este artículo que al presente comentamos, realmente han venido á cortar cuestiones y evitar pleitos, antes sostenidos por las diversas interpretaciones que á distintas leyes se daban; pues en especial los intérpretes del antiguo derecho sostuvieron reñidísimas controversias acerca de si el procurador ó mandatario podía enajenar y transigir sin necesidad de mandato especial, apoyándose los que sustentaban la tésis afirmativa en la ley 19.ª, tit. 5.º, Part. 5.ª, y los que sustentaban la teoría contraria fundaban su criterio en las leyes 60 y 63, tit. 3.º, lib. 3.º del Dig., y 16.ª, tit. 13, lib. 2.º del Código Justinianeo.

Nuestro Código, velando por los intereses de todos y dando en esto una prueba de racional sentido, no pasa por la expresión vaga general é indeterminada sobre el derecho que confiere un hombre á otro para enajenar e hipotecar, pues de esta manera podía despojársele fácilmente de cuanto posee el hombre de buena fe y llevarse á su ruina; por eso determina que tan exhorbitante poder debe hallarse escrito en los términos más favorables y explícitos; cuando no se hace así, la razón y el buen sentido se inclinan á presumir que el mandante no quiso conferirlo.

El Proyecto de 1851, en su art. 1605, propuso preceptos análogos al que comentamos, que en relación está con el art. 1548 de este mismo Código.

Concordancias vemos con los arts. 1988 del Código de Francia, cuya doctrina sustentada se ve por diferentes sentencias del Tribunal de casación de aquel país, entre ellas, las de 6 Diciembre de 1858 y 6 Febrero de 1861; 1741 del de Italia; 1988 del de Bélgica; 2189 y 2192 del de Guatemala; 2017 del del Uruguay; 2132 y 2141 del de Chile; 1833 del de Holanda; 1479 del de Vaud; 2965 y 2966 del de la Luisiana; 1880 al 1882 del de la República Argentina; 1325 del de Portugal; 2482 del de México; 2350 del de la Baja California; 2482 del de Campeche y otros.

Digitized by Google

Art. 1714. El mandatario no puede traspasar los límites del mandato.

De pura sindéresis es este precepto; por consiguiente será nulo cuanto, excediéndose de los límites del mandato el mandatario, efectuase: *Non debet excedere fines mandati*, como decía la Instituta en el párrafo 8.°, tit. 27, lib. 3.°.

Precedentes encontramos en la disposición antes citada, y en las leyes 5.ª, al principio; 22 y 41, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto, y 21, tit. 12, Part. 5.ª, y el Proyecto de 1851, en su art. 1606, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 1989 del Código de Francia; 1742 del de Italia; 1989 del de Bélgica; 1009 del de Austria; 8.° del Bávaro, cap. 9.°, lib. 4.°; 49 del de Prusia; tit. 13, Part. 1.ª; 2967 del de la Luisiana; 1834 del de Holanda; 1471 del de Vaud; 2196 del de Guatemala, en su núm. 4.°; 1872 del de la República Argentina; 2018 del del Uruguay; 2131 del de Chile; 2062 del de Veracruz-Llave; 1335 del de Portugal; 2491 del de México; 2359 del de la Baja California; 2491 del de Campeche y otros.

Art. 1715. No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste.

De los preceptos del Digesto, como de los de la Instituta, parece tomado este artículo; y aunque en verdad parezca raro en extremo á primera vista, bien meditado es lo más razonable y natural que darse puede, porque el mandante al conferir su poder supónese siempre que lo otorga para que las gestiones del mandatario le sean lo más beneficiosas posible; mientras que no ha de suponerse que ningun hombre cuerdo dé á otro facultades para que le perjudique. *Melior autem causa mandantis fieri potest*, como dice la ley 5.ª, párrafo 5.°, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto.

Precedentes encontramos también en el párrafo 8.°, tit. 27, lib. 3.° de la Instituta; 19, tit. 5.°, Part. 3.ª, y preceptos análogos propuso el art. 1607 del Proyecto de 1851.

Concuerda con los arts. 2063 del Código de Veracruz-Llave; 2980 del de la Luisiana; apartado 2.° del 2018 del del Uruguay; 9.° del Bábaro; cap. 9.°, lib. 4.°; 1906 del de la República Argentina y otros.

Art. 1716. El menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores.

Digitized by Google

La mujer casada sólo puede aceptar el mandato con autorización de su marido.

De los dos preceptos contenidos en este artículo, el primero ha sufrido modificaciones relativamente á la antigua legislación; más no el segundo, que es el único de que se ocupaba el Proyecto de 1851.

En cuanto al menor de edad, la ley orgánica del Poder judicial previene que es necesario tener veintiun años para ser mandatario en los negocios judiciales, reduciendo de este modo la edad que para ello exigía la ley 19, tít. 5.°, Part. 3.ª, toda vez que en ésta se determinaba que hasta los veintiun años no pudieran intervenir los apoderados en los asuntos judiciales.

Respecto á la mujer casada se comprende perfectamente la prohibición que determina el último apartado del artículo que comentamos, por cuanto implicando el mandato la gestión de un negocio cuyo interés se refiere al mandante, es evidente que solo puede mandar quien pueda desempeñar por sí mismo el negocio, es decir, quien sea capaz de contratar, y como la mujer casada no puede efectuarlo sin licencia de su marido, de aquí el que les sea imposible ordenar mandato alguno ni aceptarlo de un extraño sin la autorización marital.

De manera, que teniendo en cuenta que el mandatario no es más que un simple órgano del mandante que trata de los intereses de éste, no de los suyos propios, y que no queda obligado por sí personalmente; pero comprendiendo al propio tiempo que es indispensable tenga capacidad para contratar, lo cual no sucede seguramente en el menor y en la mujer casada, la ley ha venido á prefijar la época en que el menor puede ser mandatario, y las condiciones en que la mujer casada puede serlo igualmente, pues aunque los mandatarios no respondan á terceros de sus actos, como tales efectuados, y dichas terceras personas tengan expedito su derecho contra los mandantes, como si con ellos hubieran contratado directamente, el legislador no ha podido menos de exigir para esto los requisitos que en el artículo que comentamos se prescriben, porque de otra manera resaltaría más la antinomia que resulta de poder realizar para los demás lo que para sí no pueden verificar, tanto el menor por su edad, como la mujer casada por sus condiciones especiales.

Ahora bien, respecto del menor nada hay que decir en cuanto á la aceptación del mandato, pues evidente es que según las reglas generales antes indicadas, él exclusivamente es el que en cuanto está emancipado pueda aceptar dicho mandato, si bien contra él solo podrá ejercer el mandante la acción que permiten las disposiciones relativas á las obligaciones de los menores; pero en cuanto á la mujer casada es preciso para que la aceptación del mandato sea válida, la prévia autorización de su marido, y se tropieza con la dificultad de si esta autorización ha de ser expresa ó tácita, habiéndose sostenido sobre este

Digitized by Google

extremo varias discusiones, en las que se sustenta por unos la tésis de que es indispensable la previa y expresa autorización, y por otros la teoría de que basta que el marido deje á su consorte ejecutar el mandato para que se presuma que consiente; pero si esta opinión había de prevalecer, no estaría redactado el artículo que nos ocupa en la forma que se lee en su último apartado, de la que se deduce que ha de ser previa y expresa dicha autorización marital, y que solo con ella puede la mujer casada aceptar el mandato.

Sin embargo, los arts. 1990 del Código de Francia, 1835 del de Holanda y 1990 del de Bélgica, dan á entender que en aquellos países las mujeres pueden ser apoderadas aun sin la autorización de su marido, según los casos y de conformidad con las reglas establecidas al tratar del contrato de matrimonio y de los respectivos derechos de los cónyuges. En cambio, el art. 1743 del de Italia, es igual al nuestro.

Además de los precedentes indicados, encontramos también antecedentes en las leyes 3.ª, 4.ª y 23 de *minoribus*, tit. 4.°, lib. 4.° del Digesto; en la citada ley 19, tit. 5.°, Part. 3.ª, que no solo trataba de los apoderados judiciales exigiéndoles veinticinco años, sino que admitía como mandatarios extrajudiciales á los mayores de 17 años; y con relación á la mujer casada, se encuentran precedentes del mismo modo en la ley 11, tit. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y en los arts. 49 y 50 de la ley de Matrimonio civil.

Ya hemos indicado que el Proyecto de 1851, en su art. 1608, solo contiene un precepto análogo al del apartado segundo del artículo que comentamos, que en estrecha relación está con los arts. 61, 314, 317, 320, 1263, 1264, 1304, 1309 al 1313 de este mismo Código, y con el 282 del de comercio.

Concuerda con los arts. 1990 del Código de Francia, 1743 del de Italia, 1990 del de Bélgica, 1835 del de Holanda, 1334 del de Portugal, 1897 del de la República Argentina, 1995 al 2001 del de Bolivia, 1020 y 1021 del de Austria, 2970 del de la Luisiana, 2194 del de Guatemala, 2023 del del Uruguay, 2128 del de Chile, 2064 del de Veracruz-Llave, 2489 y 2490 del de México, 2357 y 2358 del de la Baja California y 2489 y 2490 del de Campeche.

Art. 1717. Cuando el mandatario obre en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

Digitized by Google

Los preceptos que contiene este artículo son de buen sentido, por cuanto si el mandante se obligaba con los terceros con quien contrató por medio de intermediario, era porque éste, ó sea el mandatario, obraba por cuenta y riesgo y en representación del mandante; pero desde el momento en que obra en su propio nombre, cambia la faz de las cosas, y ya ni el mandante tiene acción contra las terceras personas con quien en su propio nombre contrató el mandatario, ni esas dichas personas tienen acción alguna contra el mandante, porque la relación jurídica entablada entre ellos creó el vínculo de derecho de las dos partes contratantes que por estipulación propia dieron lugar á la convención.

Mas hay que tener en cuenta que si las cosas objeto del contrato eran propias del mandante, aun cuando el mandatario hubiera obrado en nombre propio, no podría beneficiarse este con dicho contrato, sino que el contrato se entendería efectuado á nombre de la persona á quien la cosa pertenecía, si mandato tenía del mismo; todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de las acciones que por tales hechos puedan ejercitar el mandante y el mandatario respectivamente.

En perfecta relación está el artículo que comentamos con los arts. 245, 246 y 287 del Código de Comercio; concordando con los arts. 1744 del de Italia, 2029 del del Uruguay, 2151 del de Chile, 1229 del de la República Argentina y otros.

CAPÍTULO II.

De las obligaciones del mandatario.

Art. 1718. El mandatario queda obligado por la aceptación á cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen en al mandante.

Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.

Entramos ya á tratar de las obligaciones del mandatario á que anteriormente aludimos, y en este artículo que acaba de consignarse, siéntase un precepto de buen sentido que innecesario es comentar, puesto que si entre mandatario y mandante se establece una relación jurídica por el contrato de mandato, de ella tienen que nacer obligaciones y derechos recíprocos, y la primera que se ocurre ha de tener el mandatario después de la aceptación es la de cumplir el contrato; siendo una consecuencia de su incumplimiento el responder de los daños y perjuicios que por su falta de ejecución se ocasionen al mandante,

Digitized by Google

como responden en todo contrato los que por no cumplir sus obligaciones causan daños y perjuicios.

El segundo apartado de este artículo es también una consecuencia de la naturaleza del contrato de mandato, pues fundándose éste en la confianza que el mandatario inspira, faltariase á ella si siendo innecesario el continuar la gestión comenzada, lo verificase sin contar con los herederos del mandante, porque quizá estos tuvieran persona de mayor amistad y confianza á quien hacerle tal encargo; mas si hubiere peligro en la tardanza, deberá continuar el mandatario la ejecución del mandato ya comenzada.

Precedentes encontramos en las leyes 5.ª, párrafo 1.°; 27.ª, párrafo 2.°, título 1.°, lib. 17 del Dig.; párrafo 11, tít. 27, lib. 3.° de la Inst., y 20.ª y 21.ª, título 12, Part. 5.ª; y está conforme con las sentencias del Tribunal Supremo de 28 Marzo de 1863, 19 Noviembre de 1867 y 28 Mayo de 1868.

El Proyecto de 1851, en su art. 1609, propuso un precepto idéntico al que comentamos, que en relación está con los arts. 1106, 1107 de este mismo Código y 252 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1991 del Código de Francia, 1745 del de Italia, 1941 del de Bélgica, 1335 del de Portugal, 2002 del de Bolivia, 1022 del de Austria, 1837 del de Holanda, 1472 del de Vaud, 2971 del de la Luisiana, 2196 del de Guatemala, 2025 del del Uruguay, 2065 del de Veracruz-Llave, 1904 del de la República Argentina, 2491 y 2493 del de México, 2359 y 2361 del de la Baja California y 2491 y 2493 del de Campeche.

Art. 1719. En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario á las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

Es este artículo superior á cuanto sobre esto han expuesto los Códigos extranjeros, pues aunque el austriaco y el de Prusia eran bastante expresivos, el nuestro encierra más claridad y concisión que todos ellos. En la ejecución del mandato atenderse debe ante todo á las instrucciones del mandante, puesto que en nombre de éste y por poder suyo obra el mandatario; en segundo lugar, ha de tenerse en cuenta la naturaleza del negocio combinada con la diligencia de un buen padre de familia. Y esto es natural, en todo contrato ha de estarse en primer término á lo pactado, y en éste como especial, el negocio mismo por su naturaleza presenta los medios de ejecución á medida que se va desarrollando; y como es de confianza pura este contrato, evidente es que el mandatario debe obrar como obraría el mismo mandante.

No hemos de transcribir aquí lo que todos y cada uno de los Códigos ex-

Digitized by Google

tranjeros sobre esto preceptúan, mucho menos cuando ninguno de sus preceptos lo encontramos mejor que el que comentamos, aunque aquellos son buenos y expresivos.

Precedentes encontramos en la ley 20, tit. 12, Part. 5.ª; y el Proyecto de 1851 propuso en su art. 1610 un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 1104 de este mismo Código y con los arts. 254 y 255 del Código de Comercio.

Vemos concordancias en los arts. 2131 del Código de Chile, 2196 del de Guatemala en su número 4.°; 55 del de Prusia, tit. 13, párrafo 1.°; 1009 y 1029 del de Austria, 1905 del de la República Argentina, 1836 del de Portugal, 2491 y 2492 del de México, 2359 y 2360 del de la Baja California, 2491 y 2492 del de Campeche, 2066 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1720. Todo mandatario está obligado á dar cuenta de sus operaciones y á abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo.

Tampoco este artículo necesita comentario, por cuanto sobre ser claro en su redacción está en la idea de todos que la dación de cuentas es obligación común é indispensable de todo el que maneja negocios ó administra bienes de otro; de manera que lo mismo el mandatario, que el gestor de negocios, que el albacea, que el administrador de los bienes de una persona debe rendir cuentas de cuantas operaciones hubiera efectuado, y abonar debe á sus respectivos mandantes ó sucesores todo cuanto por razón de su cargo hubiera recibido.

Precedentes encontramos en la ley 20, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto; ley 10, párrafo 3.° del mismo título y libro; proponiéndose en el art. 1611 del Proyecto de 1851 un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el artículo 263 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1993 del Código de Francia, 1747 del de Italia, 1993 del de Bélgica, núm. 5.° del 2196 del de Guatemala, 2035 del del Uruguay, 2067 del deVeracruz-Llave, 2155 del de Chile, 2004 del de Bolivia, 1013 del de Austria, 1839 del de Holanda, 1474 del de Vaud, 2973 y 2974 del de la Luisiana, 1909 del de la República Argentina, 1339 del de Portugal, 2495 del de México, 2363 del de la Baja California, 2495 del de Campeche y otros; informándose todos ellos en los mismos principios; cuya buena doctrina sostiene lo mismo el Tribunal Supremo de Justicia español que el de Casación francés en infinidad de sentencias, obligando á dar cuenta hasta á la mujer, que como mandataria de su marido ha dispuesto de dinero de éste; y previniéndose que la aprobación general de todas las cuentas otorgadas anticipadamente por el mandante á aquél

Digitized by Google

á quien encargó el contratar por él en Bolsa, no dispensa al mandatario de rendir cuentas de la ejecución del mandato ni de responder de la falta que en la gestión haya cometido.

Art. 1721. El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:

1.° Cuando no se le dió facultad para nombrarlo.

2.° Cuando se le dió esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz ó insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.

Hemos dicho repetidas veces que la base del mandato es la confianza que el mandante tiene en la buena fe, actividad é inteligencia del mandatario; por lo tanto, en rigor en el mandato no debia admitirse sustitución; pero como no siempre un mandatario puede ejecutar por sí todos los mandatos que recibe, se ha otorgado esa facultad de sustituirse el mandatario, cuando el mandante no se lo ha prohibido; pero como el mandante depositó su confianza en el mandatario y no en los sustitutos que éste pueda nombrar, de aquí el que racionalmente pensando por regla general sea siempre responsable el mandatario de la gestión del mandato y de sus consecuencias. Sin embargo, el Código presenta los casos en que el mandatario responde de la gestión de su sustituto, casos que nos parecen bastante limitados; puesto que se reducen el 1.° á cuando no se le dió facultad para nombrarlo; y el 2.° á cuando á pesar de darle facultad de sustituirse, no se designó la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz ó insolvente.

Por último, el Código declara nulo lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante, lo cual el buen sentido aconseja que nulo debia ser, porque nula seria en tal caso la sustitución, como lo es cuanto el mandatario verifica traspasando los límites del mandato.

Precedentes encontramos en las leyes 21, párrafo 3.°, tit. 5.°, lib. 3.°; 8.ª, párrafo 3.°, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto; 19, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1612, propuso preceptos idénticos al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 261, 262 y 296 del Código de Comercio.

Concordancias se encuentran en los arts. 1994 del Código de Francia, 1748 del de Italia, 1994 del de Bélgica, 1840 del de Holanda, que son iguales entre sí é idénticos al nuestro; si bien dichos cuatro Códigos extranjeros expresan además que el poderdante puede obrar directamente contra la persona que haya

Digitized by Google

sustituido al mandatario, que es de lo que se ocupa precisamente el art. 1722 de nuestro Código.

Concuerda así mismo con los arts. 2005 del Código de Bolivia, 37 del de Prusia, tit 13, parte 1.ª, 1010 del de Austria, 2978 del de la Luisiana, 1475 del de Vaud, 1924 del de la República Argentina, 1342 del de Portugal, 2501 y 2502 del de México, 2369 y 2370 del de la Baja California, 2501 y 2502 del de Campeche y otros.

Art. 1722. En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.

Es una arma de doble filo la que se da al mandato con el precepto que acaba de consignarse, de lo cual según hemos dicho al comentar el artículo anterior, se ocupan los Códigos de Francia, Holanda, Bélgica é Italia, al final de los artículos que como concordantes del anterior acabamos de citar. Entre los romanos no se admitia otra acción que la directa del mandante contra el mandatario, según se demuestra con la simple lectura de la ley 21, tit. 1.º lib. 17 del Digesto en el artículo anterior citada; pero luego observándose que algunos mandatarios de mala fe á quienes se les habia confiado ciertos asuntos, respondiendo mal á la confianza dispensada, concertándose insidiosamente con cualquiera para cometer la más negra de las villanías, abusaban de lo más sagrado que el hombre puede abusar, y daban muestras de una ingratitud sin límites, encargando á terceros (con quien bien entendidos estaban), la gestión del mandato para simular una insolvencia y defraudar así á los mandantes, vino la ley 19, tit. 5.º, Partida 3.ª á reparar tales abusos con un precepto esencialmente igual al que de nuestro Código comentamos, para que de este modo los mandantes pudieran librarse de toda defraudación, ejercitando las acciones correspondientes contra los sustitutos de sus mandatarios.

El Proyecto de 1851, en su art. 1613, propuso un precepto idéntico, y concordancias vemos en los últimos apartados de los artículos anteriormente citados de los Códigos de Francia, Bélgica, Italia y Holanda; y en los arts. 2005 del Código de Bolivia, 37 del de Prusia, 1010 del de Austria, 2970 del de la Luisiana, 1475 del de Vaud, 1926 del de la República Argentina, 2069 del de Veracruz-Llave, apartado cuarto del art. 2028 del del Uruguay, 2138 del de Chile, y otros.

Art. 1723. La responsabilidad de dos ó más mandatarios, aunque hayan sido instituídos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así.

Digitized by Google

Esto es una consecuencia de lo ya expuesto al tratar de las obligaciones mancomunadas; allí digimos que no hay mancomunidad entre acreedores ni entre deudores, sino en virtud de pacto expreso ó disposición de la ley; pues aquí milita la misma razón de que exigir la totalidad de la deuda mancomunada á uno solo de los comuneros es suponer una obligación mayor de la que realmente contrajo, es salirse de la proporción que debe haber entre los derechos y obligaciones de cada uno; pero además hay la especial razón de que el mandato tiene por objeto la amistad y la beneficencia, y no ha de obligarse en asunto de tal índole mas que á lo que expresamente se comprometió.

La ley 60, párrafo 2.°, tít. 1.°, lib. 17 del Dig., establecia, en el caso de este artículo, la mancomunidad, aunque debia hacerse prévia escusión en los bienes del mandatario que hubiese administrado, sin que falte quien opine que tal disposición fué derogada por la Novela 99.

El Proyecto de 1851, en su art. 1614, propuso idéntico precepto, mientras que el artículo 201 del Código de Prusia sostiene los principios de la escuela romana.

Concuerda con los arts. 1995 del Código de Francia, 1749 del de Italia, 1995 del de Bélgica, 2006 del de Bolivia, 2963 del de la Luisiana, 1841 del de Holanda, 1476 del de Vaud, 2202 del de Guatemala, 2030 del del Uruguay, 2070 del de Veracruz-Llave, idéntico al nuestro; 1341 del de Portugal, 2199 del de México, 2367 del de la Baja California, 2499 del de Campeche, y otros.

Art. 1724. El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó á usos propios desde el dia en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora.

El mandatario que á usos propios dedica lo ajeno, falta á la buena fe y á la confianza en él depositada, distrayendo del objeto del mandato lo que sólo á tal efecto estaba dedicado; y esto, sobre ser poco delicado y menos correcto, refluye en perjuicio del mandante; por lo cual no ha podido menos de preceptuarse lo mismo que la ley establece respecto del socio que distrae el dinero del fondo social.

Por ello, pues, desde que tomó indebidamente aquello que al contrato de mandato pertenecia, no puede menos de pagar intereses; lo mismo que desde que se constituye en mora cualquier obligado responde de los intereses de lo que quede debiendo.

Precedentes vemos en las leyes 10.ª, párrafo 3.°, tít. 1.°, lib. 17, y 31.ª, tít. 5.°, libro 3.° del Digesto; proponiendo idéntico precepto el art. 1615 del Proyecto de 1851; y en relación está el que comentamos con el art. 1100 de este mismo Código y los arts. 263 y 264 del de Comercio.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1996 del Código de Francia, 1750 del de Italia, 1996 del de Bélgica, 2071 del de Veracruz-Llave, 2198 del de Guatemala, 2034 del del Uruguay, 2156 del de Chile, 2007 del de Bolivia, 1842 del de Holanda, 1477 del de Vaud, 2084 del de la Luisiana, 1913 del de la República Argentina, 1340 del de Portugal, 2498 del de México, 2366 del de la Baja California, 2498 del de Campeche, y otros; siendo de notar que el precepto citado de Guatemala comienza por negar que pueda el mandatario emplear en utilidad propia las sumas que recibió para el mandato; y dice que si lo hace incurre en delito de abuso de confianza, y responde de los daños, sin perjuicio de aplicarle el Código penal.

Art. 1725. El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente á la parte con quién contrata sino cuando se obliga á ello expresamente ó traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

Fuera de los casos expuestos en el precepto que acaba de consignarse, no puede haber responsabilidad del mandatario para con el tercero: esto es de buen sentido y de razón natural; tanto es así, que la jurisprudencia universal sostiene tal doctrina; pero si la persona con quien contrata sabe que el mandatario se excede de sus poderes, no tiene motivo de agravio ni queja aunque el mandante no ratifique lo hecho.

Precedentes encontramos en la ley 145 de *regulis juris* del Dig., y en la 25.ª tit. 34, Part. 7.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1616, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 247, 284 y 286 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1997 del Código de Francia, 1752 del de Italia, 1997 del de Bélgica, 2154 del de Chile, 2062 del de la Luisiana, 1843 del de Holanda, 1479 del de Vaud, 2036 del del Uruguay, 2072 del de Veracruz-Llave, 1930 y 1933 del de la República Argentina, 2512 y 2513 del de México, 2380 y 2381 del de la Baja California, 2512 y 2513 del de Campeche y otros; como el art. 7.º del Bávaro, cap. 9.º, lib.º 4.º, que añade muy oportunamente que el tercero no puede obrar contra el mandatario sino mientras dure el mandato y para el solo efecto de traer al mandante á juicio, sin que por lo tanto tenga el tercero que sufrir las molestias é inconvenientes de seguir el fuero del mandante.

Art. 1726. El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más ó menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido ó no retribuido.

Digitized by Google

Es lógico que el mandatario sea responsable del dolo, pues todos deben serlo y lo son ante los principios generales del derecho que regir deben en todo contrato; y de la culpa también deberá hacérsele responsable al mandatario, con más motivo que en los demás contratos, toda vez que es este contrato el que implica mayor confianza, y la responsabilidad de los culpables de estar en razón directa de la confianza de que abusaron; mas el Código deja la estimación de esa culpabilidad al prudente arbitrio de los Tribunales, demostrando con esto la consideración que le merecen al legislador.

Precedentes vemos en las leyes 5.ª, 22.ª y 41.ª, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto; y 21.ª, tit. 12, Part. 5.ª; guardando relación el precepto que nos ocupa con los arts. 1101 al 1104, y núm. 2.° del 1459 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1992 del Código de Francia, 1746 del de Italia, 1992 del de Bélgica, 2197 del de Guatemala, 1838 del de Holanda, 2026 del del Uruguay, casi igual al nuestro, 2157 del de Chile, 2003 del de Bolivia, 2972 del de la Luisiana, 1473 del de Vaud, 1338 del de Portugal y otros.

CAPITULO III.

De las obligaciones del mandante.

Art. 1727. El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraido dentro de los límites del mandato.

En lo que el mandatario se haya escedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa ó tácitamente.

Hemos dicho ya mas de una vez que de toda relación jurídica nacen derechos y deberes mútuos y obligaciones recíprocas efecto del *vinculus juris* que en todo contrato se impone: pues bien, en el mandato se observa también ese fenómeno natural; y tratadas ya las obligaciones del mandatario en el capítulo anterior, lógico es que en este estudiemos las obligaciones del mandante; pues éste como todos las contrae en justa y recíproca satisfacción de los derechos que por el mandato adquiere.

No hay para que mentar siquiera que el mandante debe cumplir todas las obligaciones que con el mandatario haya contraído dentro de los límites del contrato, porque siendo éste una mera representación de aquél, no por valerse de un intermediario ha de librarse de las obligaciones que contrae todo el que contrata, bien por sí, bien por medio de tercera persona.

Digitized by Google

Pero si el mandatario se ha excedido del mandato, dicho se está que el exceso no es la voluntad del mandante mientras no viene una ratificación, y entonces solo, es cuando asume la responsabilidad que el mandatario habia contraido en lo que se excedió, porque de su cuenta y riesgo debe ser, y á su sola responsabilidad debe afectar lo que de su propia y exclusiva voluntad surgió.

Precedentes vemos en las leyes 56, tit. 3.°, lib. 46; 45.ª, tit. 1.°, lib. 17; 69.ª *de regulis juris*; 20.ª y 22.ª, tit. 12, Part. 5.ª y 10.ª, tit. 34, Part. 7.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1617, propuso un precepto idéntico al que comentamos; y en relación está con los arts. 258 y 285 del Código de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1998 del Código de Francia, 1752 del de Italia, 1998 del de Bélgica, 1844 del de Holanda, que son iguales entre sí y muy semejantes al nuestro, 1016 del de Austria, 85 del de Prusia, tit. 13, parte 1.ª; 1840 del de Vaud, 2990 del de la Luisiana; núm. 3.° del 2203 y 2204 del de Guatemala, 2037 del del Uruguay, 2160 del de Chile, 1951 del de la República Argentina, 2073 del de Veracruz-Llave, 2510 y 2512 del de México, 2378 y 2380 del de la Baja California, 2510 y 2512 del de Campeche, y otros; informando en todos ellos los mismos principios que se sustentan en varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, y muy principalmente en la de 10 de Marzo de 1869.

Art. 1728. El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, á contar desde el dia en que se hizo la anticipación.

Las mismas razones que expusimos antes para que el mandante cumpla las obligaciones con terceros contraidas por el mandatario cuando no se salió del mandato, existen aquí para que el mandante anticipe fondos al mandatario si éste los pide, porque como ejecuta en su nombre y para él, debe ser él quien pague y anticipe los fondos necesarios para la ejecución del mandato.

Y no cabe duda que si el mandatario hubiera adelantado dichos fondos, debe ser reembolsado por el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, puesto que el que expone su capital es el mandante, pues de lo contrario seria muy cómodo obrar siempre por medio de intermediario, si se tenia la seguridad de que solo cuando el asunto proporcionase ventajas habia de ocasionar des-

Digitized by Google

embolsos; pero si el mandatario no está exento de culpa, el reembolso ya no tendria lugar más que hasta donde su inculpabilidad alcanzase.

Por lo demás, el reembolso ha de comprender necesariamente los intereses de la cantidad anticipada, desde el dia del anticipo, entendiéndose dichos intereses en la calidad que, como legal, se considera en este mismo Código para cuando no se hubieren fijado por los contratantes.

Precedentes encontramos en las leyes 12, párrafo 9.°, y 17, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto; 27, párrafo 4.°, y 56, párrafo 4.° del mismo título y libro; 1.ª y 18, tit. 35, lib. 4.° del Código Justinianeo; 18, tit. 39, lib. 2.° del mismo Código; 20 á la 23 y 28, tit. 12, Part. 5.ª.

El Proyecto de 1851, en su art. 1618, propuso preceptos análogos á los que entraña el art. 1228 que de nuestro Código comentamos, que en relación está con el 1104 de este mismo Código, y con los arts. 250, 251 y 278 del Código de comercio.

Concuerda con los arts. 1999 y 2001 del Código de Francia, 1753 y 1755 del de Italia, 1999 y 2001 del de Bélgica, 1845 y 1847 del de Holanda, cuyos cuatro Códigos son iguales entre si acerca de este particular y corresponden al nuestro perfectamente; 2040, 2042 y 2043 del del Uruguay, 2010 y 2012 del de Bolivia, 70 del de Prusia, tit. 13, parte 1.ª: 1614 del de Austria, 1481 y 1483 del de Vaud, 2991 y 2994 del de la Luisiana, 2203 del de Guatemala, en su núm. 1.°; 2158 del de Chile, en sus núms. 1.° y 4.° y en su último apartado, que coinciden con cada uno de los tres apartados del nuestro; 1948 al 1950 del de la República Argentina; 1344 y 1346 del de Portugal; 2074 al 2076 del de Veracruz-Llave; 2504, 2508 y 2509 del de Mexico; 2375, 2376 y 2377 del de la Baja California, 2504, 2508 y 2509 del de Campeche y otros; en todos los cuales, informan los mismos principios de equidad y de justicia, pues solo por el mandante, para el mandante, y en su provecho se ejecuta el mandato.

Art. 1729. Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.

El precepto que acaba de consignarse es una consecuencia natural de los que ya hemos examinado. Si el mandatario es responsable de su culpa (según algunos Códigos extranjeros de la *lata*, cuando el mandato es retribuido, y de la *leve* cuando es gratuito), en justa reciprocidad debe el mandante indemnizarle de los daños y perjuicios que el cumplimiento del mandato le hubiere causado sin culpa ni imprudencia del mandatario, porque no es por él por quien obraba, no es por él por quien tuvo necesidad de perjudicarse al llevar

Digitized by Google

á cumplimiento el contrato, sino por el mandante, y el que está á lo bueno debe estar igualmente á lo malo.

Precedentes encontramos en la ley 26, párrafos 6.° y 7.°, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto, y en la ley 20 tit. 12, Part. 5.ª; habiéndose propuesto precepto análogo en el art. 1619 del Proyecto de 1851, y encontrándose en relación el que nos ocupa al presente con los arts. 1104 al 1108 de este mismo Código y 298 del de comercio, todo lo cual es conforme á la doctrina sustentada en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 23 Octubre de 1860 y 20 Enero de 1865.

Concuerda con los arts. 2000 del Código de Francia, 1754 del de Italia, 2000 del de Bélgica, 1846 del de Holanda, 2007 del de Bolivia, 80 de Prusia, 1014 del de Austria, 2998 del de la Luisiana, 1484 del de Vaud; núm. 2.° del 2203 del de Guatemala; núm. 5.° del 2158 del de Chile, 1953 del de la República Argentina, 2076 del de Veracruz-Llave, 2504 del de México, 2372 del de la Baja California y 2504 del de Campeche, estos tres en su última parte.

Art. 1730. El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realize la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.

Idéntico este artículo al 2077 del de Veracruz-Llave, y á lo que propuso el Proyecto de 1851, en su art. 1620; tiene también sus concordancias más estrechas con los arts. 1849 del de Holanda; 83 del prusiano, tit. 13, parte 1.ª; 2992 del de la Luisiana, 2045 del del Uruguay, 2207 del de Guatemala, 1953 del de la República Argentina, 1349 del de Portugal y otros; estableciendo todos ellos una justa y natural compensación entre el amparo que la ley dispensa al mandante para el ejercicio de sus derechos y el que se otorga al mandatario para la realización de los suyos.

No deja de tener relación este art. 1730 con la ley 21, tit. 13, Part. 5.ª, referente á las deudas en general, en la que se da derecho al acreedor de retener la prenda hasta que se le satisfaga la deuda; y con el art. 1866 de este mismo Código, por el cual se determina que el contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder ó en el de un tercero hasta que se le pague el crédito.

Art. 1731. Si dos ó más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.

Digitized by Google

Parece sentarse aqui un principio contrario al que entraña el art. 1723, y realmente no es asi; en primer lugar, porque alli se trata de las responsabilidades de mandatarios, de dos ó más mandatarios que hayan sido instituidos simultaneamente, los cuales no serán responsables solidariamente si á ello no se comprometieron expresamente; mientras aquí se trata del caso en que dos ó más personas hayan nombrado un mandatario para un negocio común. En el primer caso el mandatario obra, ejecuta, realiza, y como según las leyes de la naturaleza, no pueden varias personas hacer una misma cosa á la vez, no es facil se admita la solidaridad entre dos mandatarios por el hecho de haber sido nombrados simultaneamente, puesto que la simultaneidad no es lo mismo que la comunidad, y por ello es preciso que se exprese que las responsabilidades han de ser solidarias para los mandatarios solidariamente nombrados. En cambio, cuando dos ó más personas nombran un mandatario para un negocio comun, como la comunidad aleja toda idea de práctica y facil división, como los intereses de todas los mandantes son comunales, tienen una misma entidad, y ninguno de ellos manda por parte alicuota de la unidad común, sino que todos mandan para la ejecución del todo: de aqui el que, aun sin necesidad de expresarse, todos los mandantes de un mandato común, para un negocio común, quedan y tengan que quedar obligados solidariamente para todos los efectos del común; y aun cuando la regla general de la mancomunidad sea que ésta no tiene lugar entre muchos coobligados sino se expresa, no cabe mayor expresión en un mandato común que para un común negocio se establece; pues tratándose de muchos comitentes que han dado un solo mandato para un negocio común, ellos reciben el beneficio en común, como responderian en común de los perjuicios que sin culpa de mandatario les origina el mandato, y por esto cada uno de ellos obligado queda solidariamente á indemnizar al mandatario.

De manera, que no es lo mismo mandar en común que ejecutar simultaneamente.

El mandatario que ha recibido un mandato común, representa á la comunidad mandante, sin darse cuenta de los fraccionamientos que entre los que en común mandaron pudiese haber, y como no ha tenido intención mas que de sus sus propios actos, de aqui el que en cuanto á la ejecución del mandato, él sólo responde de lo que realiza si á otra cosa no se obligó; pero como esos propios actos se dirigen á producir efectos, á dar resultados para todos y cada uno de los que en común mandaron, por esto se impone la solidaridad á los mandantes, poniendo al mandatario de buena fe al abrigo de cualquier subterfugio del interés personal de cada uno de los mandantes, asegurando asi la ejecución de las obligaciones contraidas para con él; obligaciones que todas se derivan del derecho natural, y cuyo germen se encuentra en la conciencia de los hombres justos y reconocidos.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en la ley 39.ª, párrafo 3.º, tit. 1.º del lib. 17 del Digesto, y ley 5.ª, párrafo 1.º tit. 4.º, lib. 15 del mismo Digesto; proponiendo el art. 1621 del Proyecto de 1851, un precepto análogo al nuestro, que en relación está con el art. 1144 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2002 del Código de Francia, 1756 del de Italia, 2002 del de Bélgica, 1348 del de Portugal, 1848 del de Holanda, 1484 del de Vaud, 2013 del de Bolivia, 2995 del de la Luisiana, 2206 del de Guatemala, 2046 del del Uruguay, 2126 del de Chile, 1945 del de la República Argentina, 2507 del de México, 2375 del de la Baja California, 2507 del de Campeche, 2078 del de Veracruz-Llave, y otros.

CAPITULO IV.

De los modos de acabarse el mandato

Art. 1732. El mandato se acaba:

1.º Por su revocación.

2.º Por la renuncia del mandatario.

3.º Por muerte, interdicción, quiebra ó insolvencia del mandante ó del mandatario.

Al entrar en el estudio de este cap. 4.º, toca á su término el contrato de mandato, y por ello en él se ocupa de los modos de acabarse dicho contrato, modos que conformes están con los principios sentados sobre toda clase de convenciones, y que por su lógica y natural determinación no necesitan en rigor comentario.

La revocación del mandante, consecuencia es ineludible del carácter del contrato de mandato, que como fundado principalmente en la confianza demostrada por la voluntad del mandante, lógico es que perdida por el mismo esa confianza, venga el desistimiento de su propia voluntad á extinguir el contrato.

La renuncia del mandatario también es un modo de concluir el mandato como consecuencia de su propia naturaleza, pues si para la perfección del mismo se hace indispensable la aceptación del mandato por el mandatario, lógico es que no este obligado á continuar indefinidamente en su gestión de tal mandatario, mucho ménos cuando no se trata de negocio determinado que necesite un plazo fijo ó de un mandato concertado por tiempo determinado; y dada la afinidad que existe entre el mandato y el depósito, de la misma manera que en este puede renunciar el depositario la continuación de su cargo, puede

Digitized by Google

igualmente el mandatario renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante, y obligarse á indemnizar á éste de los perjuicios que sufriere por tal renuncia, á menos que éste reconociese por causa la imposibilidad de continuar la gestión del negocio encomendado sin grave detrimento de los intereses del propio mandatario; y en uno y otro caso, aunque la renuncia al mandato reconociere una justa causa, debe el mandatario continuar en su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para atender al negocio objeto del mandato.

Por muerte, interdicción, quiebra ó insolvencia del mandante ó del mandatario. Este es otro de los modos de acabarse el mandato fundado también en la naturaleza misma de las cosas, pues indudable es que siendo un contrato que se funda en la confianza, muerto cualquiera de los contrayentes, no puede continuar la causa que motivó el contrato, y por consiguiente ha de ser extinguido el mismo al concluir la vida de cualquiera de ellos, porque sus obligaciones y sus responsabilidades son personalísimas, pues aun que se admite la sustitución del mandatario, ya dijimos antes que la responsabilidad generalmente no es del sustituto sino del mandatario mismo; y por esta razón la muerte del sustituto en nada altera la esencia del contrato, ni en manera alguna produce su extinción. Esto, relativamente á la muerte natural, es una verdad inconcusa, no siendo ménos cierto que la interdicción, la quiebra ó la insolvencia del mandante ó del mandatario, que traen consigo aparejada muerte civil, no pueden colocar ni al uno ni al otro en situación de que prosperen los efectos del contrato, por cuanto ni el mandante quebrado, insolvente é interdicto, puede tener, mientras lo sea, la capacidad legal para mandar que en su nombre se obre ó accione, ni el mandatario mucho menos, cuya personalidad sufre los percances de la quiebra, la insolvencia ó la interdicción, puede considerarse en aptitud legal para obrar en nombre de otro, cuando en nombre propio no puede verificarlo; y por otro lado, como ya hemos dicho repetidas veces, siendo el mandato un contrato que se funda en la confianza, mal podria continuar depositándose ésta en el mandatario cuando incurriese en interdicción, quiebra ó insolvencia, ni viceversa; pues lógico y racional es que desde que tales circunstancias se descubran en cualquiera de los contratantes, rómpanse los vínculos que antes los unian; en la insolvencia por esa falta de confianza que habia de nacer entre ellos; en la quiebra porque existiria el peligro de la pérdida de los objetos del mandato, ó de los anticipos que hubiera hecho el mandatario de gastos para su gestión, según que la quiebra se ocasionara por éste ó por el mandante respectivamente; y en la interdicción del mandante ó del mandatario, porque además de las razones anteriormente expuestas en tal caso, es cuando la ley del modo más terminante incapacita á las personas para obrar, y por consiguiente, ni un mandatario podria gestionar á nombre del mandante en estado de interdicción, ni un mandante podria mandar la ges-

Digitized by Google

tión de sus negocios á un mandatario que por hallarse en interdicción sería incapaz para obrar por sí mismo, pues ya dijimos ántes que la primera circunstancia que debian reunir el mandante y el mandatario para la validez del contrato de mandato, era la capacidad de los contrayentes no solo al establecer el vínculo de derecho que de la convicción nace, sino durante el tiempo necesario para la gestión de los negocios objeto del mandato.

Precedentes encontramos en los párrafos 9.°, 10.° y 11.°, tit. 27, libro 3.° de la Instituta; leyes 12.ª, párrafo 6.°; 22.ª, párrafo 11; 23.ª, 24.ª, 25.ª, 26.ª y 27.ª, párrafo 3.°, tit. 1.°, libro 17 del Dig.

El Proyecto de 1851, en su art. 1622, propuso un precepto idéntico al nuestro, que en relación está con el art. 32 de este mismo Código, con los artículos 230, 230, 874 al 878 del Código de Comercio y los artículos 43, 54 y 57 del Código penal.

Concordancias vemos en los arts. 2003 del Código de Francia, 1757 del de Italia, 2003 del de Bélgica, 1850 del de Holanda, 1983 del de Portugal, 2014 del de Bolivia, 159 del de Prusia, 1020 al 1024 del de Austria, 2996 del de la Luisiana, 1485 del de Vaud, 2208 del de Guatemala, 2047 del del Uruguay, 2163 del de Chile, 1963 del de la República Argentina, 2524 del de México, 2397 del de la Baja California, 2224 del de Campeche, 2079 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1733. El mandante puede revocar el mandato á su voluntad, y compeler al mandatario á la devolución del documento en que conste el mandato.

Otro de los preceptos de buen sentido es el que acabamos de consignar, pues no hemos de cansarnos de repetir que siendo el mandato un contrato cuya base principal radica en la confianza de los contratantes y que tiene por objeto principal el interés ó beneficio del mandante, en cualquier época en que desista de sus beneficios ó en que se extinga esa confianza puede revocar el mandato y compeler al mandatario á la devolución del instrumento en que se contenga la prueba del mandato, como puede el poderdante en cualquier época que le parezca conveniente retirar y recoger los poderes á su poderdatario. En este caso, y aunque parezca extraña la revocación tácita, mucho más después de haber sostenido que el mandato debe ser expreso, cabe realmente que la revocación sea presunta ó tácita cuando habiendo incurrido el mandatario en interdicción ó quiebra, el mandante se encarga de la gestión del asunto.

Precedentes encontramos en el párrafo 9.°, tit. 27, lib. 3.° de la Inst. y ley 12 párrafo 16, tit. 1.°, lib. 17 del Dig.

El Proyecto de 1851, en su art. 1623, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 1692 de este mismo Código y con el 279 del de Comercio.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2004 del Código de Francia, 1758 del de Italia, 2004 del de Bélgica, 1364 del de Portugal, 2015 del de Bolivia, 159 del de Prusia, 1020 y 1021 del de Austria, 1486 del de Vaud, 1851 del de Holanda, 2997 del de la Luisiana, 2209 del de Guatemala, 2048 del del Uruguay, 2165 y 2166 del de Chile, 1970 del de la República Argentina, 2225 y 2226 del de México, 2398 y 2399 del de la Baja California, 2225 y 2226 del de Campeche y 2080 del de Veracruz-Llave.

Art. 1734. Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar á éstas si no se les ha hecho saber.

También es fácil de comprender el artículo que acaba de consignarse, pues si el encargo del mandatario es determinado y en relación estaba con las personas con quienes habia de contratar, era peligroso que éstos no tuvieran conocimiento de la revocación del poder, puesto que quizá por la misma confianza y en virtud del conocimiento que tenían de la persona que habia de representar al mandante, no pidieran antecedentes al mandatario ni le exigieran el instrumento justificativo del mandato, exponiéndose, si habia mala fe en el mandatario, á otorgar un contrato con persona inhabilitada para ello: por lo cual el art. 2005 del Código de Francia viene á prescribir como igual artículo del Código de Bélgica, el 1759 del de Italia y el 1852 del de Holanda, que la revocación del mandato notificada solamente al mandatario, no podia alegarse contra los terceros que hayan contratado de buena fe ignorando dicha revocación, salvo el recurso del mandante contra el mandatario: y aunque tales principios son objeto de acerba y dura crítica de algunos tratadistas, realmente no vemos el verdadero fundamento de la misma, que parte indudablemente de una falsa hipótesis en el sentido de que la revocación de un poder no puede interponerse en general contra los terceros que hayan contratado con el mandatario después de la expresada revocación; pues si bien dichos Códigos extranjeros parece dan una gran extensión al indicado precepto, no ha de creerse que caen en el absurdo de autorizar los contratos otorgados por un mandatario con terceras personas después de haberse revocado dicho mandato; sino que realmente el precepto se refiere solo al caso en que las personas con quien ha de contratar el mandatario tuvieran conocimiento de que un sujeto determinado habia de representar en ese contrato al mandante: y en este sentido hizo un gran bien el Sr. Goyena á nuestra legislación, proponiendo como propuso que se redactase el artículo en el sentido que hoy se encuentra redactado, pues han de evitarse de este modo los litigios á que daría lugar indudablemente una redacción idéntica á la del precepto francés ya citado, del cual parece lo tomaron los demás Códigos á que acabamos de referirnos, pues

Digitized by Google

así como es quimérico el suponer que pueda y deba un mandante notificar la revocación de su mandato á todos aquellos que pudieran contratar con su mandatario, es lógico, oportuno y conveniente para todos que el mandante que manifestó á una persona determinada que otro iría como mandatario suyo á tratar con él de cierto asunto, le avise y notifique de igual manera que á la persona designada como su mandatario para aquel asunto le había retirado ya su confianza, y por consiguiente ya se había extinguido el mandato.

Precedentes encontramos en la ley 12.ª, párrafo 16 al fin, tit. 1.º, lib. 17 del Digesto y el Proyecto de 1851, en su art. 1624, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los artículos anteriormente citados de los Códigos de Francia, Italia, Bélgica y Holanda, en los términos que dejamos referidos, y con los arts. 2081 del de Veracruz-Llave, 2210 y 2211 del de Guatemala, 1964 del de la República Argentina, 2532 del de México, 2405 del de la Baja California, 252 del de Campeche y otros; en todos los cuales se parte del supuesto de que se trata del mandato para un asunto particular, y que lógico es que esa tercera persona que contrató con el mandatario y que sobre el mismo asunto tenga que volver á contratar, le sea notificada por el mandante respectivo la revocación de dicho mandato.

Art. 1735. El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede.

Es evidente que el nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio, implica la revocación del anterior mandato relativo á dicho asunto, y que tal revocación debe entenderse desde el día en que se hizo saber al que había sido primeramente nombrado, salvo los casos del artículo anterior, en que también es preciso notificarlo á la persona ó personas á quienes se había comunicado el primer mandato para que con ellas se contratare.

Precedentes encontramos en la ley 31.ª, párrafo 2.º, tit. 3.º, lib. 3.º del Digesto; habiéndose propuesto análogo precepto en el art. 1625 del Proyecto de 1851: y tienen relación con el precepto que nos ocupa tanto el art. 887 de la ley orgánica del Poder judicial, como el art. 9 de la ley de Enjuiciamiento Civil hoy vigente; concordando con los arts. 2006 del Código de Francia, 2760 del de Italia, 2006 del de Bélgica, 1365 del de Portugal, 2017 del de Bolivia, 185 del de Prusia, 1853 del de Holanda, 1488 del de Vaud, 2999 del de la Luisiana, 2212 del de Guatemala, 2050 del del Uruguay, 2164 del de Chile, 1971 del de la República Argentina, 2527 del de México, 2400 del de la Baja California, 2527 del de Campeche y 2082 del de Veracruz-Llave.

Digitized by Google

Art. 1736. El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufriere perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, á menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo.

Al tratar del segundo caso del art. 1732 hemos dicho cuanto debiera decirse respecto del art. 1736 que ahora nos ocupa; pues hemos significado que, si bien tiene perfecto derecho el mandatario á renunciar al mandato, tiene que indemnizar necesariamente al mandante de los perjuicios que por la renuncia se le irrogaran, á no ser que dicha renuncia se funde en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave perjuicio para el mandatario.

Precedentes encontramos en la ley 22.ª, párrafo 11, tit. 1.º, lib. 17 del Digesto, así como en el párrafo 11, tit. 27, lib. 3.º de la Instituta.

El Proyecto de 1851, en su art. 1626, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con el párrafo 2.º del art. 887 de la ley orgánica del Poder judicial de 15 Septiembre de 1870, el art. 9.º de la ley de Enjuiciamiento Civil vigente, y los arts. 1106 al 1108 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2007 del Código de Francia, 1761 del de Italia, 2083 del de Veracruz-Llave, 159 del de Prusia, 1021 del de Austria, 1854 del de Holanda, 1489 del de Vaud, 3000 del de la Luisiana, 2054 del del Uruguay, 2167 del de Chile, 2213 del de Guatemala, 1978 del de la República Argentina, y otros.

Art. 1737. El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir á esta falta.

También nos hemos ocupado del precepto que acaba de exponerse al tratar del art. 1732, y realmente debe estar fuera de toda duda que aunque el mandatario tenga una justa causa para renunciar al mandato, es de buen sentido que no desampare la gestión del negocio á que se refiere el mismo, hasta que el mandante haya podido tomar las precauciones necesarias para encargarse de dicho asunto ó nombrar otro mandatario; y si bien el legislador no ha determinado un plazo prudencial para que esto se efectúe por cuanto es difícil que se presenten muchos casos idénticos, y porque depende de las circunstancias de lugar y tiempo y hasta de la propia persona del mandante el que éste tarde más ó menos en tomar esas disposiciones indispensables para la con-

Digitized by Google

tinuación del asunto objeto del mandato, hubiera sido conveniente para evitar pleitos, clasificar por grupos los mandatos de cierto género y señalarles un término prudencial, desde el aviso al mandante de la renuncia, para la separación del negocio por parte del mandatario; pues de otro modo ha de verse naturalmente cierta lucha entre el mandatario que desea abandonar el mandato y el mandante que, si continúa confiando en la buena fe del mandatario, ha de procurar que su gestión se prolongue indefinidamente.

El Proyecto de 1851, en su art. 1627, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 887 de la ley Orgánica del Poder judicial, el art. 9.° de la ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881, y el art. 248 del Código de Comercio vigente.

Concuerda con los arts. 1979 del Código de la República Argentina; 172 del de Prusia en su tit. 13, parte primera; 1368 del de Portugal, 2054 del del Uruguay, 2167 del de Chile; apartado 2.° del 2213 del de Guatemala; 2084 del de Veracruz-Llave, 2531 del de México, 2404 del del la Baja California y 2531 del de Campeche.

Art. 1738. Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante ú otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto á los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

En el caso de este artículo el mandatario que obra de buena fe y en utilidad solo del mandante, no cabe duda que gestiona en virtud de un título que no puede menos de producir fuerza de obligar mientras no tenga conocimiento perfecto de la muerte del mandante ó de otra cualquiera causa de las que hacen cesar el mandato; y por ello aunque á simple vista parezca que según el derecho estricto no debía ser valedero lo ejecutado por el mandatario después de la cesación del mandato, ya reconozca ésta por causa la muerte ó cualquiera de las que la ley determina; por equidad que siempre debe prevalecer en esta especie de contrato sobre el rigorismo del derecho, se previene que es válido y surte sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado de buena fe todo cuanto el mandatario hubiera hecho en nombre del mandante, no sabiendo aquél que éste hubiera fallecido ó que causas legítimas de distinta índole produjesen la cesión del mandato.

Encontramos precedentes hasta cierto punto en las leyes 26, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto y en el párrafo 10, tit. 27, lib. 3.° de la Instituta; viéndose un precepto análogo en el art. 1628 del Proyecto de 1851, y notándose gran relación en los arts. 280 y 290 del Código de Comercio, y en el párrafo último del art. 887 de la mencionada ley de Organización del Poder judicial.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2008 y 2009 del Código de Francia, 1762 del de Italia, 2008 y 2009 del de Bélgica, 1854 y 1855 del de Holanda, 1026 del de Austria, 2019 y 2020 del de Bolivia, 200 del de Prusia, en su tit. 13.°, parte 1.ª; 1490 y 1491 del de Vaud, 3001 y 3002 del de la Luisiana, 2214 del de Guatemala, 2062 del del Uruguay, 2085 del de Veracruz-Llave, 2173 del de Chile, 1967 del de la República Argentina y 1369 del de Portugal.

Art. 1739. En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto á lo que las circunstancias exijan en interés de éste.

También este precepto es de los que pueden considerarse de buen sentido, pues nadie debe dudar que cuando muera el mandatario deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer mientras tanto á lo que las circunstancias exijan en interés del mismo, pues aunque es verdad, ó debe presumirse, que el mandante escogió á su mandatario por la probidad que en el creía, por la confianza que le inspiraba ó por otras condiciones especiales, y por consiguiente que, fallecido éste, debe expirar el mandato, no es menos cierto que los herederos de quien mereció aquella confianza, tienen no solo el deber legal, sino el deber moral de velar por la conservación de la cosa ú objeto del mandato como una carga herencial, puesto que se deriva esencialmente de la obligación originaria contraida por su causante y no serian digna representación del mandatario, ya difunto, si no atendian á las circunstancias indispensables para la conservación de dicho objeto del mandato, mientras noticiaban la muerte del mandatario al mandante y éste practicaba las diligencias necesarias para disponer de su gestión como tuviera por conveniente.

Precedentes determinados no encontramos del artículo que nos ocupa, pero si vemos por analogía dichos precedentes en la ley 40, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto que se ocupa de los herederos del consocio, prescribiendo disposiciones análogas ó en las que cuando menos, se informan los mismos principios que regir deben en este caso.

El Proyecto de Código de 1851, propuso un precepto análogo en su art. 1629; y concordancias vemos en los arts. 2010 del Código de Francia, 1763 del de Italia, 2010 del de Bélgica, 1856 del de Holanda, 1367 del de Portugal, 1025 del de Austria, 1492 del de Vaud, 3003 del de la Luisiana, 2215 del de Guatemala, 2086 del de Veracruz-Llave, 2056 del del Uruguay, 2170 del de Chile, 2530 del de México, 2403 del de la Baja California y 2530 del de Campeche; y tiene alguna analogía con el que comentamos, el art. 1969 del de la República Argentina.

Digitized by Google

TÍTULO X.

Del préstamo.

DISPOSICIÓN GENERAL.

Art. 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega á la otra, ó alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, ó dinero ú otra cosa fungible, con condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito ó con pacto de pagar interés.

Al llegar á este título décimo, preciso es estudiar el contrato de préstamo bajo los puntos de vista que con frecuencia suelen presentarse en la vida práctica, pues si bien tal contrato es de suyo antiguo, no ha perdido su carácter originario, y siendo frecuente su uso, preciso es detenerse algún tanto en las disposiciones que para el mismo prescribe este Código.

Tres partes tiene el título que nos ocupa, ó mejor dicho, tres secciones y dos capítulos, más una sección preliminar que sin nombre de tal, bajo el epígrafe de *Disposición general*, contiene exclusivamente los preceptos del art. 1740, que son los en que primeramente hemos de fijar nuestra atención y en los que sin definir de una manera acabada lo que es el contrato de préstamo, se viene á determinar en qué consiste éste y sus clases según que las cosas objeto del mismo sean fungibles ó no fungibles, y según que sea esencialmente gratuito ó que quepa el pacto de pagar interés.

El contrato de préstamo es eminentemente convencional por su naturaleza; bilateral por las personas que lo otorgan; y parece personal, porque en atención á determinadas personas se otorga, y por las obligaciones que de él se derivan; aunque según los casos y las circunstancias que le rodean pueden nacer, y nacen del mismo, acciones verdaderamente reales.

De él se han dado diferentes definiciones, y aunque siempre difícil fué definir, bien puede decirse que el contrato de préstamo es un contrato, en vir-

Digitized by Google

tud del cual una de las partes se obliga á entregar á otra alguna cosa no fungible para su uso y á calidad de devolución, sin estipendio de ningún género, en cuyo caso se denomina préstamo comodato; ó bien puede consistir en dar dinero ú otra cosa fungible, con la condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso se llama préstamo.

De manera que el préstamo en sí no puede definirse de una manera absoluta por cuanto, siendo objeto del mismo no solo las cosas fungibles sino las no fungibles, y teniendo éstas distinta naturaleza, no puede fijarse idénticamente una de las bases esenciales de dicho contrato que es la devolución, pues en las fungibles no es posible devolver las mismas sin que se hiciera ilusorio el préstamo, mientras en las no fungibles se llena el objeto de éste sirviéndose de ellas y devolviéndolas en el tiempo pactado. Por esto el Código austriaco determina que *el contrato de comodato ó préstamo de uso se forma cuando se presta á alguno gratuitamente por un tiempo determinado una cosa no fungible* (art. 983); y el mismo Código, en su art. 971, nos dice: «La promesa sin la entrega de la cosa, aunque sea obligatoria, no constituye contrato de comodato». Definición puramente romana, en la que se ven usadas las palabras *á cierto tiempo ó determinado* para diferenciar el *comodato* del *precario* que podía revocarse siempre á voluntad del constituyente porque se daba de una manera indeterminada. Y por ello el art. 2.° del Código bávaro (capítulo 2.°, lib. 4.°), corroborando, por decirlo así, lo expuesto en el art. 971 del ya citado Código de Austria prescribe que los contratos reales son el préstamo, comodato, depósito y prenda, pues la entrega de la cosa es esencial en dichos contratos. Sin embargo, si el contrato está perfecto sin la entrega de la cosa, podrá pedirse por acción aislada y principal.

Pero hoy hemos de repetir una vez más, todos los contratos son consensuales aunque en lo antiguo se diferenciase el *real* del *consensual* en que el primero se perfeccionaba por la entrega de la cosa, y para la perfección del segundo bastaba el simple consentimiento.

Por esto hoy es obligatoria civilmente la promesa de dar en préstamo ó comodato y de recibir en depósito, porque todos se perfeccionan por el consentimiento, y perfeccionado el contrato, produce el *vinculum juris* que obliga á su consumación; si bien como estos contratos son puramente de confianza, gracia ó beneficencia, podrán los Tribunales relevar del cumplimiento de la promesa, cuando sobrevenga una justa causa, que á su prudente arbitrio haga imposible su consumación; ya que aún después de consumados estos contratos puede revocarse.

Nuestro Código, en el art. 1740 que comentamos, al diferenciar y tratar separadamente del mútuo y del comodato, salva las dificultades que pudieran originarse de no reputarse puramente reales estos contratos como los consideraba el derecho romano sin comprenderlos en una denominación común y dis-

Digitized by Google

tinguirlos después en *préstamo de uso* y *préstamo de consumo*, como antiguamente se hacia.

Ya la ley de Partida adelantóse á los Códigos modernos en esta distinción técnica, sin la confusión de la ley romana. Por esto la ley 1.ª, tit. 1.º, Partida 5.ª, nos dice: «E son dos maneras de empréstamo.» «La una es mas natural que la otra: como cuando emprestan unos á otros alguna de las cosas que son acostumbradas á contar, pesar ó medir; é tal préstamo es llamado en latin *mutuum*. La otra es de cualquier de las otras cosas que no son de tal manera como estas: assi como cavallo, libro é otras cosas semejantes: é á tal préstamo dicen en latin *commodatum*».

De aquí la diferencia entre el mútuo y el comodato. En las cosas fungibles, como hemos dicho antes, es imposible separar el uso del consumo: no pueden por lo mismo ser objeto del comodato, por el que tan solo se concede el uso, con la obligación de restituir la misma cosa. En las no fungibles se concede el uso solamente y por eso son susceptibles de comodato.

Por esto en el *mútuo ó simple préstamo*, pasa al mutuatario el dominio de la cosa, y para él se pierde ó perece aunque sea por caso fortuito, mientras que en el comodato ni puede pasar el dominio de la cosa al comodatario, ni perece mas que para el comodante su dueño.

Y aunque la regla general del comodato es que no puede ser objeto del mismo lo que por uso se consume, el Digesto excepcionaba el caso en que esas cosas fungibles se prestaban tan solo para que sirviesen de pompa y ostentación, como el dinero que se deja para que aparezca verdadera numeración ó entrega sin serlo: *ut decis gratia, ut numerationis loco intercedat;* pero la verdadera acepción del comodato, su verdadera naturaleza se determina en la ley 3.ª, párrafo 6.º, tit. 6.º, lib. 13 del Digesto, que dice: *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*

Sin extendernos más en cierto género de consideraciones, sin fijar nuestra atención en los principios sentados por el mismo Digesto acerca de si podian ser objeto del comodato las cosas, ó bienes inmuebles, las incorporales, la habitación; y prescindiendo de la idea que algunos jurisconsultos tenian acerca de que solo debia admitirse comodato de cosas muebles, hemos de entrar á efectuar, aunque á la ligera, un estudio comparativo de las legislaciones extranjeras sobre este particular.

Uno de los Códigos que más se adapta al derecho romano es el de la República Argentina, y en él vemos que su art. 2240 nos dice: «Habrá mútuo ó empréstito de consumo cuando una parte entregue á la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada á consumir, devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad»; mientras que su artículo 2255 nos dice: «Habrá comodato ó préstamo de uso cuando una de las par-

Digitized by Google

tes entregue á la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble ó raiz, con facultad de usarla». Y estas definiciones, (cuyos precedentes encontramos en la Instituta, párrafo 1.°, tit. 15, lib. 3.°; en la ley 2.ª, tit. 1.°, lib. 12 del Digesto; en la ley 1.ª, tit. 1.°, Part. 5.ª; en la ley 1.ª, tit. 16, lib. 3.° del Fuero Real, y en la ley 1.ª, tit. 2.°, Part. 5.ª,) distinguen y separan perfectamente el mútuo del comodato, llamándole al primero empréstito de consumo, y al segundo préstamo de uso, haciendo ver que éste es gratuito, que aquél puede ser oneroso ó recompensado; que en éste se devuelve la misma cosa; que en aquél la devolución es de cosas de la misma especie.

El derecho del comodatario es un derecho puramente personal, y bajo este concepto se distingue de los derechos del usuario y del usufructuario, que son derechos reales ó en la cosa. Además, el derecho del usuario y del usufructuario comprende en todo ó en parte los frutos producidos por la cosa, mientras que el comodatario no tiene sino el uso de la cosa en el sentido extricto de la palabra. Si por lo estipulado se le permite tomar una parte de los frutos, habrá una donación de éstos además del comodato. Y estas teorías se ven perfectamente desarrolladas por los célebres tratadistas Troplong, Pothier y Pont.

Lo mismo vemos en el art. 1902 del Código de Guatemala, según el cual «mútuo es un contrato real por el que una persona entrega á otra cierta cantidad de cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad»: y el art. 1927 del mismo Código nos dice: «El comodato es un contrato real por el que una persona entrega á otra gratuitamente alguna cosa no fungible para que se sirva de ella por cierto tiempo ó para cierto fin y la devuelva después».

Sigue distinto método el Código del Uruguay, que en su art. 2157 nos dice: «Hay dos clases de préstamos: el de las cosas fungibles y el de las cosas no fungibles.—El primero se llama mútuo ó préstamo, de consumo; y el segundo comodato ó préstamo de uso.» En lo cual se parece bastante al Argentino.

Mas luego, el mismo Código en el art. 2158, previene que: «El mútuo ó préstamo de consumo, es un contrato por el cual se da dinero ú otra cosa de las fungibles con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad»; mientras que el comodato lo define el art. 2177 de dicho Código, diciendo: «El comodato ó préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega á la otra alguna cosa no fungible, mueble ó raíz para que use de ella gratuitamente y se la devuelva en especie». «Este contrato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada».

El Código de Chile, que tan parecido es en la mayor parte de sus preceptos al del Uruguay, en esto se aparta del sistema sentado por el anterior, y siguiendo más fielmente las teorías romanas, determina en su art. 2174 que: «El comodato ó préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega á la otra gratuitamente una especie, mueble ó raiz, para que haga uso de ella, y

Digitized by Google

con cargo de restituir la misma especie despues de terminado el uso.—Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa»; mientras que el art. 2196 del mismo, dice: «El mútuo ó préstamo de consumo es un contrato en el que una de las partes entrega á la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.»

Y ese Código de Veracruz-Llave idéntico, en casi todas sus prescripciones al nuestro, y más que á nuestro Código hoy vigente al Proyecto de 1851, se separa también acerca de este particular, pues en su art. 2087 se dice, que: «El préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra una cosa para que use de ella gratuitamente y se la devuelva»; previniendo el art. 2088 del mismo Código. «Que hay dos especies de préstamos, el de las cosas que se pueden usar sin destruirlas, y el de las cosas que se consumen por el uso que se hace de ellas. La primera especie se llama préstamo de uso ó concordato; y la segunda, préstamo de consumo mútuo ó préstamo propiamente dicho».

Los Códigos de México, Baja California y Campeche también se separan algún tanto de lo que en los mismos suele observarse; casi siempre conformes con el Código que comentamos, siendo idénticos entre sí; pues en los arts. 2785 del primero, 2661 del segundo, y 2785 del tercero bajo el mismo título décimo sexto que tiene por epígrafe «Del préstamo» y bajo el capítulo primero de dicho título que se encabeza «Disposiciones generales», ni se ve la distinción que se encuentra en el nuestro, ni se observa el método que ordinariamente nos complacemos en reconocer en dichos Códigos, ni encontramos aquella concisión que, siendo precisa en extremo, es expresiva hasta lo indecible, y que tanto por ello nos encanta ordinariamente; pues en los artículos indicados solo vemos que se expresa que: «bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita, por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión, gratuita ó á interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, en el segundo mútuo».

Otros varios Códigos como el Sardo, el Bávaro, el de Prusia, el de Austria, el de la Luisiana, el de Vaud, pudiéramos recordar aquí transcribiendo sus textos; pero el estudio sería complicado y pesado sin venir á ilustrar más por esto á nuestros lectores que como verán ya en los que dejamos consignados presentan con una división extraordinaria, una excesiva confusión y una manera de ser distinta de la mayoría de los preceptos de los mismos Códigos evocados; y no es porque la idea de todos ellos no sea la misma, pues á medianamente que se estudie se ve en ellos informar los mismos principios y señalarse las mismas diferencias; sino que por el deseo en unos de comprender en una misma definición las dos clases de préstamo, mútuo y comodato, por la ten-

Digitized by Google

dencia en otros de sentar una idea general del préstamo y definir separadamente el mútuo del comodato; y por la especie de esclavitud ciega que en otros se demuestra á seguir extrictamente las huellas del Derecho romano, vienen unos y otros á presentar bajo distintos aspectos lo que realmente solo un carácter tiene, la prestación de una cosa por una persona á otra con la obligación de devolverla una vez hecho de ella el uso para que se concedió, prestación cuyo carácter principal era el de ser gratuito y el de la reversión á su primitivo dueño, y que debió nacer indudablemente por el comodato ó sea con las cosas no fungibles, cuyo dominio siempre conservaba su propietario por más que cediese su uso para determinados fines; pero que extendiéndose á las cosas fungibles, como éstas no pueden usarse sin consumirse, tuvo ya que darse un doble carácter al contrato de préstamo, significando por él no solo el comodato sino el mútuo ó sea la prestación de cosas fungibles con obligación de devolver al prestamista otras tantas del mismo género y clase con el interés que se hubiere estipulado, ó sin interés de ningún género si expresamente no se hubiere convenido: lo cual demuestra que habiendo nacido con carácter gratuito siguió la ley presumiéndole en tales condiciones cuando apareció el mútuo, pero no prohibió estipulaciones en contrario, ni consideró como nota indispensable en el préstamo mútuo el carácter de gratuito.

También la jurisprudencia de los Tribunales sienta buena doctrina respecto del comodato, sus requisitos indispensables y su novación, que no ha de presumirse jamás si no que se expresa terminantemente ;habiendo dictado sobre esto el Tribunal Supremo de Justicia varias sentencias, entre las que encontramos las muy notables é importantísimas de 15 de Diciembre de 1888 y de 25 de Enero de 1889, que no transcribimos por no hacernos difusos, pero que se encuentran en las *Gacetas* de 27 de Abril de 1889 y de 1.° y 2 de Junio del mismo año, asi como en el Diccionario del Sr. Pantoja, en la *Colección Legislativa* y en otras publicaciones de igual índole.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del comodato.

SECCIÓN PRIMERA.

De la naturaleza del comodato.

Art. 1741. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, lo convención deja de ser comodato.

Digitized by Google

Nada habria que decir respecto de este articulo después de lo expuesto al comentar el anterior, pues al señalar las diferencias entre uno y otro préstamo ó sea entre el comodato y el mútuo, hemos expuesto cuanto debia exponerse respecto de las condiciones especiales del comodato que fué, repetimos, el primitivo préstamo. En él el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada porque, como ya dijimos, es un contrato por el cual uno entrega á otro una cosa no fungible para que se sirva de ella gratuitamente por tiempo ó uso determinado con obligación de devolverla: por consiguiente el comodatario solo adquiere en esa *cosa* el *uso* de la misma pero no los frutos; y si interviniera en tal contrato precio ó emolumento, dicha convención dejaria de ser comodato para convertirse en alquiler ó arrendamiento.

Precedentes encontramos en las leyes 8.ª y 9.ª, tit. 6.°, lib. 13 del Digesto; 1.ª, tit. 16, lib. 3.° del Fuero Real; 1.ª tit. 8.°, lib. 11 de de la Novisima Recopilación; 1.ª y 9.ª, tit. 2.° Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1631, propuso un precepto análogo; y en relación está el precepto que nos ocupa con el anterior.

Concordancias vemos en los arts. 2665 del Código de la República Argentina, 1877 del de Francia, 1778 del de Holanda, 1877 del de Bélgica, 1794 del de Nápoles, 1887 del de Bolivia, 238 del de Prusia, 1361 del de Vaud, 2866 del de la Luisiana, 1930 del de Guatemala, 2179 del del Uruguay, 2176 del de Chile y primer apartado del 2177 de dicho Código; 2790 y 2791 del de México, 2666 y 2667 del de la BajaCalifornia, 2790 y 2791 del de Campeche, 2089 del de Veracruz-Llave, y otros; en todos los cuales se ven informando los mismos principios, y se marca de una manera expresiva que el comodato es un contrato real y necesita para su perfección el consentimiento de los contrayentes, viniendo la consumación de la entrega de la cosa prestada, desde cuyo momento el mandatario adquiere el derecho de usar temporalmente de dicha cosa, y nada más; conservando la propiedad el comodante á quien pertenecen los frutos como antes del préstamo comodato, que ha de ser gratuito para que se diferencie de los demás contratos, pues los requisitos expuestos son los que caracterizan el comodato.

Art. 1742. Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan á los herederos de ambos contrayentes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación á la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada.

Parece en oposición el precepto que acaba de consignarse á lo que prevenian, tanto las leyes 3.ª y 17.ª, tit. 6.°, lib. 13 del Digesto, como en la ley 5.ª ti-

Digitized by Google

tulo 2.º, Part. 5.ª; pues como disposición general de los contratos en tales preceptos se prevenia que una vez ocurrido el fallecimiento del comodatario, los herederos de éste debian devolver la cosa prestada al comodante, viniéndose por consiguiente á sentar una regla general contraria á ese precepto de la ley de Partida en la primera parte del artículo que de nuestro Código comentamos, con la excepción señalada en la segunda parte de dicho artículo, ó sea cuando el préstamo se hubiera hecho en contemplación á la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho á disfrutar del uso de la cosa prestada. Y esto se comprende por cuanto en la época en que se redactó la ley de Partida, y mucho más en la anterior época del Digesto, el préstamo comodato tenia casi siempre un carácter puramente personal que hoy ha ido perdiendo paulatinamente; razón por la cual ha cambiado el precepto como no podia menos de cambiar.

El Proyecto de 1851, en su art. 1632, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 659 al 661 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1879 del Código de Francia, 1807 del de Italia, 1879 del de Bélgica, 1889 del de Bolivia, 1780 del de Holanda, 1363 del de Vaud, 2868 del de la Luisiana, 1933 del de Guatemala, 2180 del del Uruguay, 1509 del de Portugal, 2090 del de Veracruz-Llave, 2787 y 2793 del de México; 2663 y 2669 del de la Baja California, y 2787 y 2793 del de Campeche.

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO.

Art. 1743. El comodatario está obligado á satirfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada.

Al comenzar esta sección segunda á tratar de las obligaciones del comodatario, nos dice en primer término el art. 1743 que el comodatario está obligado á satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada; y prescindiendo de las antiguas disposiciones de la ley de Partida que mal se avenian con el carácter de este contrato de comodato puramente gratuito, de gracia ó beneficencia para el comodatario y que por lo mismo no podia celebrarse en utilidad del comodante y del comodatario, ni tampoco en sola utilidad del comodante, pues realmente resulta indiscutible que la utilidad que reportar puede el comodato redunda en beneficio del co-

Digitized by Google

modatario y no de otra persona; de aquí que encontremos mas lógico el precepto de nuestro Código que cuantos distingos y consideraciones se hacian en las antiguas leyes, y como ya no pueden tener verdadera realidad en la práctica aquellas teorías ni hoy las exigencias científicas, que conformes con la realidad y la naturaleza de las cosas siguen aquellos mismos principios, sino otros muy contrarios en que se determina el alcance del que tiene en su poder y para su uso cosas ajenas, lógico y natural es que el derecho moderno haya prescindido de aquella artificiosa distinción del comodato en tres especies, y en su lugar en vez de medir la obligación y responsabilidad del comodatario por la antigua teoría de la culpa lata leve y levísima, la regule por los preceptos claros y precisos que se consignan en este art. 1743 y siguientes de este Código. Y la razón natural apoya nuestro aserto, pues si el comodatario es el que aprovecha la cosa usándola, justo y equitativo es que el mismo costee los gastos necesarios para que dicho uso pueda realizarse en las buenas condiciones en que se le entregó.

Precedentes encontramos en la ley 18, párrafo 2.°, tit. 6.°, lib. 13 del Digesto, y en la ley 7.ª, tit. 2.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1633, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 1094 de este Código.

Concuerda con los arts. 1886 del Código de Francia, 1813 del de Italia, 1886 del de Bélgica, 1896 del de Bolivia, 2875 del de la Luisiana, 1370 del de Vaud, cap. 5.°, lib. 2.° del bávaro, 981 del de Austria, 1781 del de Holanda, núm. 3.° del 1937 del de Guatemala, 2193 del del Uruguay, 2191 del de Chile, 2282 del de la República Argentina, 1519 del de Portugal, 2091 del de Veracruz-Llave, 2800 del de México, 2676 del de la Baja California y 2800 del de Campeche.

Art. 1744. Si el comodatario destina la cosa á un uso distinto de aquel para que se prestó, ó la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito.

Verdad axiomática es la contenida en este precepto, pues aun cuando solo tuviéramos en cuenta lo que se dijo respecto de los obligados á entregar una cosa que incurrian en mora, bastaría para que todo comodatario que usara de la cosa prestada fuera del tiempo para que se le concedió, respondiera de dicha cosa, aunque desapareciera por caso fortuito, pues sería ya una detentación ilegítima toda aquella que traspasara los límites, dentro de los cuales se otorgó legalmente, y esto que como inconcuso debe tenerse respecto del tiempo del comodato, no puede menos de hacerse extensivo al caso en que la cosa prestada en comodato se destina á distinto uso de aquel para que se prestó.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 5.ª párrafo 4.º, y 7.ª, tit. 6.º, lib. 13 del Digesto; párrafo 2.º, tit. 15, lib. 3.º de la Instituta; y ley 3.ª, tit. 2.º, Part. 5.ª.

El Proyecto de 1851, en el primer apartado de su art. 1635, propuso un precepto análogo al que al presente nos ocupa, qué en relación está con los artículos 1105, 1122 y 1123 de este Código, como no deja de tenerla con algunas leyes del Fuero Real, entre ellas la 2.ª, tit. 16, lib. 3.º, y la ley 5.ª, tit. 5.º, lib. 5.º del Fuero Juzgo.

Concuerda con los arts. 1881 del Código de Francia, 1809 del de Italia, 1881 del de Bélgica, 1516 del de Portugal, 1891 del de Bolivia, 251 del de Prusia, apartado último del art. 1781 del de Holanda, 1365 del de Vaud, 2870 del de la Luisiana, 1938 y 1939 del de Guatemala, 2093 del de Veracruz-Llave, 2183 del del Uruguay en su núm. 2.º; 2177 y 2180 del de Chile, 2269 del de la República Argentina, 2796 del de México, 2672 del de la Baja California y 2796 del de Campeche, conviniendo todos ellos en que es indispensable no confundir el caso en que el comodatario es culpable por haberse servido de la cosa prestada más tiempo del prefijado en el contrato, y que por causa de esta culpa perece por caso fortuito ó fuerza mayor, del caso en que la cosa perece por un accidente de la misma naturaleza, pero independiente de toda culpa del comodatario, después de haberse constituido en mora para volverla, pues según algunos tratadistas, en el primer caso siempre perece para el comodatario, mientras en el segundo puede alegar la excepción de que la cosa hubiere perecido igualmente en poder de su dueño, y probada ésta salva su responsabilidad.

Art. 1745. Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, á no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad.

El común sentir admite el precepto que acabamos de consignar, pues sucede en esto lo que dijimos respecto de las dotes estimadas é inestimadas, y las mismas reglas deben tenerse presentes en uno y otro caso, por que cuando la estimación no causa aquí venta, debe presumirse que el comodante ha tomado esta precaución para asegurarse de la restitución de la cosa ó de su precio, y en caso de duda es muy natural, como es muy justo decidir la solución á favor del comodante, ya que gratuitamente cedía una cosa para que el comodatario beneficiara.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, párrafo 3.º, tít. 6.º, lib. 13 del Digesto y en la ley única, tit. 3.º, lib. 19 del mismo Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1636, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 1105 y 1122 de este mismo Código.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1868 del Código de Francia, 1811 del de Italia, 1863 del de Bélgica, 2095 del de Veracruz-Llave, 1893 del de Bolivia, 1783 del de Holanda, 1367 del de Vaud, 2872 del de la Luisiana, 1932 del de Guatemala, 2798 del de México, 2674 del de la Baja California y 2798 del de Campeche.

Art. 1746. El comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan á la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya.

También es de pura sindéresis el precepto que acaba de consignarse, pues indudablemente el comodatario no puede responder de los deterioros que sobrevengan á la cosa prestada por solo el buen uso de la misma, toda vez que para éste no se prestó: de modo que el buen uso de ella implica la falta de culpabilidad, y por lo tanto, no existiendo ésta, no puede ser responsable el que de la misma usa como un buen padre de familia.

Si el comodante prestó dicha cosa para un uso ó un servicio que no podia soportar y por efecto de esto la cosa se deterioró ó se perdió, mientras el comodatario se mantenga en los justos límites del contrato, no puede haber culpa en éste sino en aquél, y por consiguiente, solo aquél ha de ser el responsable de sus consecuencias.

Precedentes encontramos en la ley 10, tit. 6.°, lib. 13 del Digesto, ley 23 del mismo título y libro, ley 5.ª, tit. 16, lib. 3.° del Fuero Real y leyes 3.ª y 4.ª, título 2.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1637, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con el art. 1104 de este mismo Código.

Concuerda con los arts 1884 del Código de Francia, 1812 del de Italia, 1884 del de Bélgica, 2270 del de la República Argentina, 1894 del de Bolivia, 1784 del de Holanda, 1366 del de Vaud, 2873 del de la Luisiana, 2942 del de Guatemala, 2184 del del Uruguay, 2178 del de Chile en su párrafo 2.°; 2096 del de Veracruz-Llave, 2799 del de México, 2675 del de la Baja California y 2799 del de Campeche.

Art. 1747. El comodatario no puede retener la cosa prestada á pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas.

Sepárase en esto nuestro Código de lo que ante el derecho antiguo romano sucedia, pues según los jurisconsultos de aquella época, se concedia dicha retención por los gastos necesarios que el comodatario hubiere hecho en la cosa; y aunque sobre esto hubo varias opiniones y más de algún tratadista como Vi-

Digitized by Google

nio, Sala, Heinecio, sostienen todavía la retención por las expensas necesarias, lo cual vino á concederse también en la ley 9.ª, tit. 2.°, Part. 5.°, es lo cierto que el Código romano, en su ley 4.ª, tit. 23 del libro 4.°, vino á desechar tal autorización de los antiguos jurisconsultos romanos, y conforme con el texto de aquella ley, nuestro Código, en el artículo que comentamos, sustenta dicha doctrina legal de prohibir al comodatario la retención de la cosa prestada á pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas; lo cual es muy natural, pues sería duro en extremo que el comodante, después de beneficiar al comodatario, concluido el uso de la cosa, se viere privado de gozarla so pretexto de expensas más ó menos justas y ciertas.

El Proyecto de 1851, en su art. 1638, propuso un precepto idéntico; y concuerda el que es objeto de este comentario con los arts. 1885 del Código de Francia, 2278 del de la República Argentina, 2182 del de Chile, 2097 del de Veracruz-Llave, 1945 del de Guatemala. 2187 del del Uruguay, 2801 del de México, 2677 del de la Baja California y 2801 del de Campeche; siendo todos los citados iguales al nuestro, menos el de Guatemala, que si bien en su primera parte parece idéntico, sienta al final una excepción al decir «á no ser que la deuda proceda de gastos extraordinarios y precisos hechos en beneficio de la misma cosa después de prestada».

Art. 1748. Todos los comodatarios á quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, al tenor de lo dispuesto en esta sección.

Bajo este precepto se comprende bien que el legislador ha querido que la comunidad establecida por la ley se establezca justamente en provecho del comodante, toda vez que éste es el que hace el favor en contra de los comodatarios, que son los que vienen favorecidos por el comodato; por la misma razón que se establece en provecho del mandatario contra los mandantes en las disposiciones anteriormente citadas del art. 1731 de este mismo Código; pues siempre en esta clase de contratos, en que una de las partes es la favorecida, ha de estarse á lo que no perjudique á aquella parte que graciosamente y en favor de otra persona cedió una cosa. Sin embargo, sobre esto ha habido diferentes opiniones, no sólo entre los tratadistas de derecho, sino entre los legisladores, pues mientras Voet admite esta mancomunidad, Heineccio la rechaza, y mientras los preceptos del Digesto se presentan de manera poco clara dando lugar á las discusiones que originó la ley 5.ª, párrafo último, tit. 6.°, lib. 13 de dicho Digesto, la ley 5.ª, tit. 2.°, Part. 5.ª rechaza la mancomunidad en el caso á que nos referimos sino es cuando se pactó expresamente al establecerse el comodato; pero el artículo que de nuestro Código comentamos ha venido á

Digitized by Google

determinar de un modo claro y patente que todos los comodatarios á quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella según es de pura justicia.

El Proyecto de 1851, en su art. 1639, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con el art. 1141 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1887 del Código de Francia, 1814 del de Italia, 1887 del de Bélgica, 1796 del de Holanda, 1371 del de Vaud, 1897 del de Bolivia, 2876 del de la Luisiana, 1946 del de Guatemala, 2192 del del Uruguay, 2189 del de Chile, 1520 del de Portugal, 2281 del de la República Argentina, 2802 del de México, 2678 del de la Baja California, 2802 del de Campeche, 2098 del de Veracruz-Llave y otros.

SECCIÓN TERCERA.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE.

Art. 1749. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluído el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

Comienza la sección tercera á tratar de las obligaciones del comodante, sentando en primer término, como una de las más esenciales, la de que no pueda reclamar la cosa hasta despues de haber terminado el uso para que se prestó, y esto puede tener lugar, bien por haber espirado el término señalado, bien por haber terminado el objeto para que se cedió como se comprende fácilmente sin necesidad de que acudamos á ejemplos que están en la imaginación de todos; pero como entre los romanos el comodato debia ser por tiempo determinado, para distinguirlo del precario, lo cual hoy no sucede, la definición que del comodato quedó sentada no exigia esta circunstancia, por más que raro es el caso en que al establecerse el comodato no se determina tiempo, bien señalándole expresamente, bien dándolo á entender por el negocio ó uso á que se dedica la cosa comodotada, pues si Juan presta en comodato una prensa para que arregle su cosecha de vino, es indudable que en este comodato va implícitamente expreso el término porque se establece como si se determinara por los dias necesarios para el objeto. Establece sin embargo la misma ley una excepción y es la de que podrá sin embargo el comodante por urgente necesidad reclamar antes de dichos plazos la cosa comodatada, y es porque hay una presunción legal en éste como en todo contrato, y más en estos de puro bene-

Digitized by Google

ficio ó gracia, de la cual se deduce que uno presta á otro una cosa para cuando puede buenamente pasar sin ella, pero lógico y natural es que si la cosa prestada la necesita el dueño con urgencia, éste la use en primer lugar calculándose exceptuado tácitamente del permiso que concedió al comodatario para usarla, pues en igualdad de circunstancias es de presumir que ningún propietario prefiera se sirvan de sus cosas los demás con preferencia á sí mismo, por cuanto es lo racional y justo que el comodato de una cosa se realice para cuando uno no lo necesita, pues de lo contrario sería un contrato que tras de tener el carácter como antes hemos dicho de gratuito ó de beneficio, tendría el de verdaderamente leonino en perjuicio del contratante que concede el favor; y tal presunción *juris et de jure*, debe conceptuarse como una condición tácita de todo comodato; así al menos se desprende del contenido de la ley 7.ª, título 5.º, lib. 29 del Digesto, que podemos considerar como verdadero precedente del artículo que nos ocupa.

El Proyecto de 1851, en su art. 1640, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1888 y 1889 del Código de Francia, 1815 y 1816 del de Italia, 1888 y 1889 del de Bélgica, 1512 y 1513 del de Portugal, 2883 y 2884 del de la República Argentina; 1534 en su número 2.º, y 1535 del de Guatemala; 2194 y 2195 del de Uruguay; apartado 1.º y núm. 2 del art. 2180 del de Chile; 2806 del de México, 2681 del de la Baja California, 2806 del de Campeche, 2099 del de Veracruz-Llave y 1787 y 1788 del de Holanda.

Art. 1750. Si no se pactó la duración del comodato ni el uso á que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla á su voluntad.

En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

También es de sindéresis, en nuestro concepto, el precepto que acaba de consignarse, porque si realmente no se pactó duración del comodato ni hubo determinación del uso de la cosa para un negocio especial, ni se deduce de la costumbre del país una fijación de término más ó ménos exacta, es natural que el comodante que hizo el favor de prestar la cosa la retire cuando tenga por conveniente. Mas si sobre esto hubiere contraversia judicial, también es lógico que sea el comodatario el que esté obligado á probar lo que á su derecho convenga, es decir, la determinación del tiempo ó negocio para que se hizo el comodato.

Supónese que los verdaderos precedentes de este artículo se hallan en la ley 1.ª, tit. 16, lib. 43 del Digesto, porque esta variante del comodante que aquí se nota, es el verdadero precario romano, contrato intermedio entre el como-

Digitized by Google

dato y el depósito; mas en nuestro concepto, la doctrina de este art. 1750 es completamente nueva en las leyes españolas, porque si bien por el precario se transmitia el uso de una cosa no fungible sin expresión de tiempo ni determinación concreta del uso á que habia de determinarse, y que era revocable en cualquier momento y circunstancia á voluntad del dueño; no es esto precisamente lo que el art. 1750 que comentamos significa, porque si bien en la legislación romana era indispensable para la existencia del comodato determinación del tiempo de su duración ó del negocio para que se establecia, hoy, hemos dicho repetidas veces, que ante el derecho moderno no son indispensables estas condiciones para que el comodato exista, pues sus rasgos caracteristicos se limitan á ser gratuito, y á consistir en la prestación de una cosa no fungible, cuyo uso puede ser útil y beneficioso á aquella persona á quien se presta con obligación de devolverla al dueño que nunca perdió su dominio; por consiguiente, ni podemos buscar precedentes en el Digesto, ni podemos equivocadamente confundir con el precario el comodato á que se refiere el art. 1750 de este Código, por cuanto el precario tenia más bien el carácter de depósito que de comodato, más bien que préstamo favorable al comodatario, era una entrega de cosa propia á otra persona para su conservación y guarda, facultándola para su uso sin determinación de tiempo; entrega más bien debida á circunstancias especiales del propietario que á ello le forzaban, que á la expontánea voluntad de favorecer un tercero.

El art. 1641 del Proyecto de 1851, proponia un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1926 del Código de Guatemala, 2198 y 2199 del de Uruguay, 2194 y 2195 del de Chile, 974 y 975 del de Austria, 230 del de Prusia, 1512 del de Portugal, 2100 del de Veracruz-Llave, 2285 del de la República Argentina, 2804 y 2805 del de México, 2680 del de la Baja California, 2804 y 2805 del de Campeche y otros.

Art. 1751. El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro.

También es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse por cuanto aun cuando no se atendiera á los principios generales anteriormente sentados respecto de los derechos y obligaciones de los dueños de la cosa y de los que por circunstancias especiales en su poder las tienen, bastaria tener en cuenta lo que antes hemos dicho respecto de que el comodatario solo tiene obligación de satisfacer los gastos indispensables para conservar el buen uso

Digitized by Google

de la cosa que en comodato se le entregó, pero en cuanto á los gastos extraordinarios ó gastos mayores como dijimos en otro lugar, es indispensable que verificandose éstos para la conservación de la cosa prestada, como ésta no deja de ser de su dueño, éste ó sea el comodante, los abone siempre que el comodatario, á serle posible, lo hubiera puesto en su conocimiento antes de hacerlo ó cuando su realización fuera de tan urgente necesidad que no pudiera, sin peligro, esperarse el resultado del aviso.

Precedentes encontramos en la ley 18, párrafo 2.°, tit. 6.°, lib. 13 del Digesto y ley 7.ª, tit. 2.°, Part. 5.ª.

El Proyecto de 1851, en su art. 1642, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1890 del Código de Francia, 1817 del de Italia, 1890 del de Bélgica, 2101 del de Veracruz-Llave, 1900 del de Bolivia, 981 del de Austria, 1789 del de Holanda, 1874 del de Vaud, 2879 del de la Luisiana, núm. 3.° del 1934 del de Guatemala, 2196 del del Uruguay, 2191 del de Chile, 2287 del de la República Argentina, 1521 en su n.° 1.° del de Portugal, 2807 del de México, 2682 del de la Baja California y 2807 del de Campeche.

Art. 1752. El comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá á éste de los daños que por aquella causa hubiere sufrido.

Se comprende perfectamente la razón de este precepto, por cuanto siendo como es el comodato un verdadero favor ó beneficencia ejercitada por el comodante, repugna al buen sentido que un hombre aparentando favorecer á otro preste ó dé en comodato una cosa que no pueda ser empleada por el favorecido sin comprometer su vida, su salud ó su fortuna, y como el legislador no ha de amparar nunca hechos de esta naturaleza, acciones que en si entrañan un germen de maldad contrario á lo que aparentemente significan, de aquí el que nuestro Código no solo rechace dignamente sino que imponga el verdadero correctivo al que de tal suerte obre, haciéndole responsable de los daños que por ello se hubieren originado al comodatario.

Precedentes encontramos en las leyes 17, párrafo 3.°; y 18, párrafo 3.°, titulo 6.°, lib. 13 del Digesto; 6.ª, tit. 2.°, Part. 5.ª; y el art. 1643 del Proyecto de 1851 propuso un precepto análogo que en relación está con los arts. 1106, 1107, 1481 y 1487 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2102 del Código de Veracruz-Llave, 1891 del de Francia, 1118 del de Italia, 1891 del de Bélgica, núm. 2.° del 1521 del de Portugal, 1790 del de Holanda, 2286 del de la República Argentina, 2192 del de Chile, 1934 del de Guatemala en su núm. 1.°, 2197 del del Uruguay, 1375 del de Vaud, 1901 del de Bolivia, 2808 del de México, 2683 del de la Baja California y 2808 del de Campeche.

Digitized by Google

CAPITULO II.

Del simple préstamo.

Art. 1753. El que recibe en préstamo dinero ú otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.

Terminado ya el estudio del comodato, que explicado queda en nuestro Código con preceptos claros y terminantes, pasamos al capítulo 2.º que trata «Del simple préstamo», respecto del cual encontraremos gran deficencia, mucho más si se le compara con la opulencia y superabundancia con que es tratado en los Códigos de Francia, Holanda, Bélgica é Italia.

Regula este capítulo el préstamo de las cosas fungibles y del dinero con prescripciones verdaderamente diminutas, y expuestas á muchas dificultades y dudas; lo cual no deja de ser lamentable, porque una materia de tal importancia, de tanta aplicación en la vida práctica, digna es de ser tratada con mayor atención y esmero, aunque solo fuera por evitar la ruin explotación á que por su propia naturaleza da lugar dicho contrato y abusos de todo género que bajo su nombre se cometen, pues no hay combinación de averías y mala fe, ni fraude encubierto que bajo el préstamo deje de cometerse por los que, simulando caridad y buen corazón, ejercen ese oficio con los productos de sus estafas.

El art. 1753 que encabeza este capítulo es de pura sinderesis; en él va envuelta la parte mas esencial de la definición del simple préstamo; el que recibe en préstamo cosa fungible ó dinero, adquiere su propiedad y está obligado á devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Así lo ordenaba también la ley 2.ª, tit. 1.º, Part. 5.ª; y aunque nada prevenga nuestro Código, para el caso en que el prestatario no pueda cumplir la obligación de devolver una cosa de igual calidad y especie que se le prestó, por no encontrarse en idénticas condiciones, nosotros creemos que según prescribía la ley 8.ª, tit. 1.º Part. 5.ª, debe suplirse por su precio ó por la cosa que de parecida especie y calidad el prestamista consintiese en recibir.

Precedentes encontramos, además de los indicados, en el tit. 15 del lib. 3.º de las Instituciones, y en las leyes 2.ª y 3.ª, tit. 1.º, lib. 12 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1644, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 337, 1166 al 1170 de este mismo Código, y 312 y 723 del Código de Comercio.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1892 y 1893 del Código de Francia, 1819 y 1820 del de Italia, 1892 y 1893 del de Bélgica, 2103 del de Veracruz-Llave, 1791 y 1792 del de Holanda, 1903 y 1904 del de Bolivia, 983 del de Austria, 1376 del de Vaud, 2281 del de la Luisiana, 1902 y 1907 del de Guatemala, 2158 y 2159 del del Uruguay, 2240 y 2245 del de la República Argentina, 2196 del de Chile, 1523 y 1524 del de Portugal, 2807 y 2810 del de México, 2384 y 2685 del de la Baja California, 2809 y 2810 del de Campeche y otros.

Art. 1754. La obligación del que toma dinero á préstamo se regirá por lo dispuesto en el art. 1170 de este Código.

Si lo prestado es otra cosa fungible, ó una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual á la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.

Este precepto viene á sentar principios de referencia expuestos ya al hablar del pago de las deudas en dinero: en él se refiere al art. 1170 de este mismo Código, en virtud del cual el pago de las deudas de dinero debe hacerse en la misma especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata ú oro que tenga curso legal en España; pero el préstamo de las otras cosas fungibles no tiene ya por objeto ese valor numérico representado por la moneda, sino la cantidad fija y material de la cosa prestada prescindiendo de su valor numérico: por esto es por lo que se ha dictado el apartado segundo del artículo que comentamos, en el que se incluyen las otras cosas fungibles ó cantidad de metal amonedado; y como en este caso el préstamo no sale de su naturaleza común y ordinaria, de aquí el que deba devolverse otro tanto de la misma especie, calidad y bondad, porque lo que se presta es la materia y no un valor convencional y variable como en la moneda.

Precedentes encontramos en la ley 19, tit. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación; y el Proyecto de 1851, en su art. 1645, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con el art. 404 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1897 del Código de Francia en su párrafo 2.°, 1823 del de Italia, 1897 del de Bélgica, 1795 del de Holanda, 1381 del de Vaud, 2886 del de la Luisiana, 1919 del de Guatemala, 2162 del del Uruguay, 2198 del de Chile, 2105 del de Veracruz-Llave, 2818 del de México, 2690 del de la Baja California y 2818 del de Campeche.

Art. 1755. No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.

Digitized by Google

El precepto de este artículo da á entender una vez más lo que tantas veces hemos repetido, y es que el préstamo, ya en su calidad de comodato, ya en la de mútuo, nació con el carácter genérico de gratuito, sosteniéndose esta condición en el comodato y presumiéndose hasta en el mútuo si expresamente no se pacta lo contrario; por lo que ha venido á preceptuar como preceptúa nuestro Código lo que el artículo que nos ocupa entraña, es decir, que en el mútuo no se deberán intereses sino cuando expresamente se pactasen; pero no es solo ante el derecho moderno ante el que tales principios se sustentan, sino que ya en las leyes del Digesto como en las disposiciones del Código romano, se prescribia que la promesa de pagar intereses solo podia hacerse por medio de una estipulación formal hecha separadamente del contrato de mútuo; y más tarde el art. 2.° de la ley de 14 de Mayo de 1856 dispuso que el pacto sobre intereses era nulo si no se hacia constar por escrito, cuya doctrina vemos reproducida en el art. 314 de nuestro Código de Comercio hoy vigente, en el que se prescribe clara y terminantemente que los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito.

El Proyecto de 1851, en su art. 1649, propuso un precepto análogo que en relación está con el artículo que acaba de citarse del Código de Comercio, con los arts. 315 al 319, 719, 726 y 736 de dicho Código comercial, con los arts. 1095, 1100, 1101, 1108 al 1110 del Código que comentamos, y otras varias disposiciones.

Concordancias vemos en los arts. 1905 del Código de Francia, 1829 del de Italia, 1905 del de Bélgica, 2248 del de la República Argentina, 1921 del de Guatemala, 2166 del del Uruguay, 2205 del de Chile, 2110 del de Veracruz-Llave, 2822 del de México, 2694 del de la Baja California y 2822 del de Campeche.

Art. 1756. El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.

Debe presumirse aunque no estuviera escrito lo que este artículo preceptúa, porque, aun cuando partamos siempre de la presunción legal de que el préstamo es gratuito, mientras no se determine expresamente lo contrario, desde el momento en que el prestatario ha satisfecho algo por intereses, prueba evidentemente que esto se pactó, ó que se creyó obligado á satisfacer algo por remuneración del obsequio recibido, y por esto, una vez satisfechos dichos intereses no estipulados expresamente, ni pueden reclamarse, ni pueden imputarse al capital, porque, si como parte de éste se considerasen, fuera preciso primero, que el prestamista se conformase en recibir el reintegro de lo prestado fraccionadamente, y que además diese carta de pago por la parte que del capital recibia á cuenta del que prestó. Pero esta disposición no es nueva en

Digitized by Google

nuestras leyes, pues tanto en las Recopiladas del título 1.º, lib. 10, especialmente en las 20, 21 y 22 de la Novísima, como en la de 14 de Mayo de 1856, que ocupándose principalmente de la tasa del dinero, se consideró vigente hasta la publicación de este Código, se consignaron declaraciones semejantes á la expuesta en el art. 1756 que comentamos, que según algunos parecen contradecir algún tanto el precepto del artículo anterior, si bien nosotros no lo creemos así, sino que por el contrario, relacionados armónicamente se complementan, por cuanto si bien en el 1755 se declara que no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieren pactado, esto no pugna ni contradice en manera alguna el que el prestatario haya pagado intereses no estipulados al prestamista en agradecimiento del obsequio que del mismo cree recibir por el mero hecho del préstamo, sin que por esto se obligue en lo sucesivo á repetir el obsequio ó hacer pagos análogos durante los demás años que tuviere en préstamo la cosa objeto del contrato cuando no hubiere estipulado interés alguno, por más que los ya pagados voluntariamente y sin obligación, no pueda reclamarlos, porque equivaliendo entonces á una verdadera donación y no pudiendo rescindirse éstas sino por justas causas explicadas ya en su lugar y tiempo, vendría con dicha reclamación á efectuarse una verdadera rescisión de la donación expontáneamente hecha y aceptada por el prestamista sin faltar á la ley.

No se encuentra verdadera concordancia en los Códigos modernos más que en el art. 2249 del Código de la República Argentina, en el que se preceptúa que si el mutuatario hubiera pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado á continuar pagándolos en adelante, lo cual está en perfecta relación con el art. 1126 de nuestro Código.

Art. 1757. Los establecimientos de préstamos sobre prendas quedan además sujetos á los reglamentos que les conciernen.

La disposición de este artículo es de pura referencia á las leyes especiales que sobre este particular deben regir, pues los establecimientos de préstamos si bien están dentro de las leyes civiles generales, deben sujetarse para su desenvolvimiento y desarrollo á leyes especiales que amparen los derechos del que á dichas casas se ve obligado á acudir y de las seguridades convenientes á todo ciudadano.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1657, propuso un precepto análogo al nuestro que en relación está con los arts. 539 y 560 del Código penal, aunque desgraciadamente estos artículos se observan rara vez por los prestamistas, quedando impunes los delitos que por su inobservancia se cometen.

Digitized by Google

TÍTULO XI.

Del depósito.

CAPITULO PRIMERO.

Del depósito en general y de sus diversas especies.

Art. 1758. Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.

Al entrar en el título once de este libro, ocúpase el Código del depósito contrato comensual como todos, y en virtud del cual una persona recibe una cosa ajena para custodiarla gratuitamente y restituirla cuando la reclame el depositante; y conceptuando sin duda el legislador de gran importancia tal contrato, divide su estudio en tres capítulos, el primero de los cuales dedica á las disposiciones generales, el segundo dividiéndolo en cinco secciones, aparece destinado á tratar en la primera de la naturaleza y esencia del contrato de depósito, en la segunda del depósito voluntario, en la tercera de las obligaciones del depositario, en la cuarta de las obligaciones del depositante, y en la quinta del depósito necesario; siendo objeto del capítulo tercero el secuestro ó sea el depósito judicial.

Pues bien, el primer precepto del referido título es el contenido en el artículo 1758, en el cual se previene que se constituye el depósito desde que se recibe la cosa ajena con obligación de guardarla y restituirla, lo cual como vemos no es ni más ni ménos que la definición que hemos dejado consignada.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª al principio, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto, y en la ley 1.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª, donde se denominaba condesijo del verbo condessar, dar en guarda ó custodiar, á lo que en latín llamaban *depositum* del verbo *depónere*, poner á discreción de otro, significando lo mismo ante el Derecho romano que ante nuestro antiguo Derecho patrio, la dación de una cosa á otro en guarda, fiándose de él ó fundándose en su buena fe y honradez; razón por la cual se reputaba esencialmente gratuito y toda retribución que en el depósito se estipulase lo convertía en arrendamiento ó en contrato inominado, si bien nuestro Código admite, como veremos en el art. 1760, que el depósito es gratuito salvo pacto en contrario.

El Proyecto de 1851, en su art. 1658, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 193, 303, 305 y 306 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1915 del Código de Francia, 1835 del de Italia, 1915

Digitized by Google

del de Bélgica, 957 del de Austria, 1731 del de Holanda, 1399 del de Vaud, 2897 del de la Luisiana, 1947 del de Guatemala, 2200 del del Uruguay, 2211 del de Chile, 2182 del de la República Argentina, 2663 del de México, 1431 del de Portugal, 1545 del de la Baja California, 2663 del de Campeche y 2119 del de Veracruz-Llave.

Art. 1759. El depósito puede constituirse judicial ó extrajudicialmente.

También este es un precepto de buen sentido, pues no hay duda que el depósito puede hacerse particular ó extrajudicialmente, constituyendo un verdadero contrato, el cual se divide en voluntario ó simple como lo llamaban los antiguos, y necesario ó miserable como también suele llamarse; existiendo también otra clase de depósito que es el judicial ó secuestro llamado generalmente en esta región, que tiene lugar cuando se decreta el embargo ó aseguramiento de bienes litigiosos.

Precedentes encontramos en las leyes del tit. 5.°, lib. 5.° del Fuero Juzgo, las del tit. 15, lib. 3.° del Fuero Real, y las del tit. 9.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación en cuanto al depósito extrajudicial; viéndose antecedentes relativamente al depósito judicial, en las leyes del tit. 26, lib. 11 de la Novísima Recopilación, en los arts. 1173 al 1175, 1179, 1442, 1454, 2119 al 2130 y demás concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil, y en los arts. 601, 602, 606 al 609 de la ley de Enjuiciamiento criminal, encontrándose otra clasificación distinta en la ley 2.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª, que divide el secuestro en judicial y voluntario.

El Proyecto de 1851, en su art. 1659, propuso un precepto análogo; y concuerda el que ahora comentamos con los arts. 1916 del Código de Francia, 1836 del de Italia, 1916 del de Bélgica, 1732 del de Holanda, 2185 y 2186 del de la República Argentina, 1949 del de Guatemala, 2201 del del Uruguay, 2214 del de Chile, 2664 del de México, 2546 del de la Baja California, 2664 del de Campeche, 2120 del de Veracruz-Llave, y otros.

CAPITULO II.

Del depósito propiamente dicho.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LA NATURALEZA Y ESENCIA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO.

Art. 1760. El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario.

Digitized by Google

El carácter distintivo del depósito es ser gratuito en su esencia. Si interviene precio en dinero, pasará á ser locación ó arriendo de trabajo, y si se estipula la recompensa en otra cosa que no sea dinero se convertirá en un contrato verdaderamente inominado, asi como si se conviniere en el abono de intereses del dinero depositado, seria un verdadero préstamo; sin embargo, tanto el Fuero Juzgo como el Fuero Real, permitian estipular precio en los depósitos, pero entonces el depositario era responsable hasta de los casos fortuitos; y hoy entre los tratadistas modernos se sostiene la idea del célebre Laurent, que es de opinión que el depósito con salario constituye un verdadero arrendamiento.

El Proyecto de 1851, en su art. 1660, propuso un precepto análogo al nuestro, que bien contrario es por cierto á lo que prescribe el art. 304 de nuestro Código de Comercio, pues allí se previene que el depositario tendrá derecho á exigir retribución por el depósito á no mediar pacto expreso en contrario.

Concuerda con los arts. 1917 del Código de Francia, 1837 del de Italia, 1917 del de Bélgica, 1930 del de Bolivia, 969 del de Austria, 1733 del de Holanda, 1401 del de Vaud, 2900 del de la Luisiana, 2203 del del Uruguay, 2219 del de Chile 2182 y 2183 del de la República Argentina, 1432 del de Portugal, 2665 del de México, 2547 del de la Baja California, 2121 del de Veracruz-Llave y 2665 del de Campeche.

Art. 1761. Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles.

Sin mas que pensar un poco en la naturaleza del depósito, se comprende perfectamente la razón de este precepto. El fin del depósito es confiar á otro una cosa para que la guarde y custodie con el objeto de que el depositario la devuelva al depositante cuando éste la reclame: pues bien, un inmueble, una casa, una finca rústica, no están por su naturaleza en el caso de que su dueño tenga jamás necesidad de darla á otro en guarda para poder encontrarla de nuevo, no están en condiciones de ese apartamiento de la vista de nuestros enemigos para evitar una pérdida casi segura; y por lo tanto, no son susceptibles de depósito: mientras que los muebles y el dinero están en verdaderas condiciones para ser depositados.

Los intérpretes entendiendo en nuestro concepto de un modo tórcido las antiguas disposiciones legales, suscitaron cuestiones dando giros bien distintos al verdadero sentido de los preceptos; pues si la etimologia del depósito viene de *ex eo quod ponitur*, y asi lo expresaba la ley 1.ª, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto, evidente es que, según el buen sentido y según la lógica racional, no puede ponerse en manos de otro lo que no es mueble, ni puede referirse el depósito jamás á los bienes inmuebles, porque ni éstos pueden entregarse á otro

Digitized by Google

para que los guarde cautelosamente, ni pueden ser devueltos de la manera material y efectiva que puede hacerse con lo que susceptible es de entrega real y personal custodia.

La ley 1.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª, daba á entender lo mismo, puesto que sentaba como inconcuso que el depósito significaba *poner en mano*; y aun que algunos vean en la ley 2.ª de dicho título y Partida, que se extendía á todas las cosas al decir *de qual manera quier que sean*, nadie que bien discurra puede entender así estas palabras, pues lo que no puede ser, no es; y realmente aquellas palabras primeras entrañan su esencia, y éstas solo significan que el depósito muchas veces se podia, y se tenia que hacer necesariamente sin exigirse para su validez ciertas formalidades. De manera que aquéllas, como las del Digesto se refieren á su sustanciabilidad: éstas no pueden referirse más que al derecho adjetivo ó de puro procedimiento.

Por esto nos encontramos perfectamente de acuerdo con las opiniones de Heineccio y de Pothier, rechazando, como contrarias al buen sentir, las de Voet y Domat; mucho más, cuando al registrar el tít. 15 del libro 3.º del Fuero Real, como el tít. 5.º del libro 5.º del Fuero Juzgo, vemos que al tratar del depósito, siempre se ocupan de las cosas muebles, como lo hacen todos los Códigos modernos extranjeros.

El Proyecto de 1851, en su art. 1661, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 335 y 336 de este mismo Código, y con el 303 del Código de Comercio.

Concordancias vemos en los arts. 1918 del Código de Francia, primer apartado del art. 1837 del de Italia, 1918 del de Bélgica, 1931 del de Bolivia, 1431 del de Portugal, 2899 del de la Luisiana, segundo apartado del 1733 del de Holanda, 2122 del de Veracruz-Llave, 1402 del de Vaud, 2202 del del Uruguay, si bien éste admite como excepción los raices; como el 2182 del Argentino, 2215 del de Chile y otros.

Art. 1762 El depósito extrajudicial es necesario ó voluntario.

Ya lo digimos antes: el depósito puede ser necesario ó miserable y voluntario ó simple. Y ofensivo seria para nuestros lectores esplicar aquí lo que por sí mismo se esplica, lo que todo el mundo comprende; mucho más, cuando la clasificación que hace nuestro Código es la misma que en nuestro antiguo derecho se hacia.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 1.º, tit. 3.º, lib. 16 del Dig., y 1.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1662, propuso un precepto análogo, y conformes están todos los Códigos modernos extranjeros.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1920 del Código de Francia, 1838 del de Italia, 1920 del de Bélgica, 1933 del de Bolivia, 2902 del de la Luisiana, 1404 del de Vaud, 1735 del de Holanda, 2205 del del Uruguay, 2214 del de Chile, 1949 del de Guatemala, 2123 del de Veracruz-Llave, 2187 del de la República Argentina, 2664 del de México, 2516 del de la Baja California, 2664 del de Campeche, y otros.

SECCIÓN SEGUNDA.

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO.

Art. 1763. Depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos ó más personas, que se crean con derecho á la cosa depositada, en un tercero que hará la entrega en su caso á la que corresponda.

Realmente el depósito voluntario consiste en la entrega expontánea libre de una cosa mueble por el deponente al depositario mediante el mútuo y recíproco asentimiento de ambos, sin que una calamidad dé ocasión á él. Y esto puede tener lugar lo mismo por una persona que tiene en su poder el objeto que deposita en la persona de su confianza, que por dos ó más personas que se creen con derecho á una cosa depositada en un tercero, el que en su caso hará la entrega á quien corresponda.

Precedentes encontramos en la ley 1.ª, tit. 3.º, lib. 16 del Dig., viéndose un precepto análogo al que comentamos en su primera parte.

Concuerda con los arts. 1921 del Código de Francia, 1839 del de Italia, 1921 del de Bélgica, 1934 del de Bolivia, 2903 del de la Luisiana, 1405 del de Vaud, 1736 del de Holanda, 2206 del del Uruguay, 2215 del de Chile, 2124 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1764. Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta á todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada á la devolución por el tutor, curador ó administrador de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma, si llega á tener capacidad.

Este artículo demuestra bien á las claras cuanta previsión ha tenido el legislador para evitar los perjuicios consiguientes á un depósito hecho por persona incapaz, pues aunque en principio es de estricto derecho que el depósito

Digitized by Google

voluntario, como todos los contratos consensuales, no puede otorgarse mas que entre personas capaces, como ha de atenerse extrictamente á dichos principios, podria resultar un perjuicio irreparable para el incapaz que hizo el depósito en persona capaz, de aqui el que el legislador haya dispuesto lo que en el presente artículo se preceptúa, para que el depositario quede sujeto á todas las obligaciones propias de su cargo y pueda ser perseguido por el tutor ó administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito ó por esta misma si llegase á tener capacidad á fin de que sus derechos nunca queden perjudicados.

Este artículo que parece copiado del 2193 del Código de la República Argentina, contiene frases que realmente no puede entrañar ya ningún precepto de este Código, puesto que desde su publicación no existen para lo sucesivo curatelas, y sin embargo, aquí se dice que el depositario puede obligar á la devolución de la cosa depositada por el tutor, *curador*, etc., lo cual demuestra bien claramente que al copiarlo de aquel Código extranjero donde subsisten todavia las tutelas y curatelas se hizo de manera tal que no se tuvo en cuenta la supresión en nuestro Código de dichas curatelas.

Precedentes encontramos en el párrafo 1.° al fin, tit. 21, lib. 1.° de las Instituciones de Justiniano, y en la ley 17, tit. 16, Part. 6.ª, que parece haberse tomado de la antes citada prescripción romana.

El Proyecto de 1851, en su art. 1667, contenia dos apartados, el primero de los cuales presentaba la regla general de que el depósito voluntario no podia tener lugar sino entre personas capaces de contratar (lo mismo que el art. 2192 del Código argentino), y el segundo apartado consignaba la excepción ó sea un precepto casi idéntico al que al presente nos ocupa, que en relación está con los arts. 1263 y 1302 de este mismo Código.

Concuerda con la 2.ª parte del art. 1925 del Código de Francia, puesto que la 1.ª sienta la regla que hemos dicho encontramos en el precepto del Proyecto de 1851: apartado 2.° del art. 1841 del de Italia, en el que se hacen las mismas observaciones; 1937 del de Bolivia, 1433 del de Portugal, 2906 del de la Luisiana, 1409 del de Vaud, 1738 del de Holanda, 1952 del de Guatemala, 2211 del del Uruguay, 4218 del de Chile, 2128 del de Veracruz-Llave y otros; en todos los cuales se ve lo que anteriormente hemos indicado, es decir, que se sienta primero la regla general de ser precisa para la validez del depósito la capacidad de los contrayentes, y se consigna después como excepción lo que es objeto del artículo que comentamos.

Art. 1765. Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, ó á que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa ó con el precio.

Digitized by Google

Este precepto fúndase en la equidad al propio tiempo que en el principio de derecho de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro; pero como realmente el depositante es persona capaz y el depositario es el que no tiene condiciones para obligarse, de aquí el que la acción de reivindicar la cosa depositada sea en rigor la única que quede al depositante para cuando la cosa depositada permaneciese en poder del depositario; mas si éste la hubiere enajenado de cualquier modo, sólo podrá pedírsele á su tutor ó á él al llegar á obtener la capacidad necesaria la parte del precio en que por su enajenación se hubiere enriquecido el depositario, por el principio anteriormente indicado y porque dada la naturaleza del depósito nunca podría haber quedado dicho beneficio en favor del depositario.

Se podrá suscitar la duda de que como en el depósito no se transfiere la propiedad, no habiendo esta transferencia no puede haber verdadera reivindicación, pero esto no significa otra cosa sino que la palabra reivindicar se toma en su sentido extrictamente jurídico por los que tales dudas les asaltan, y que no tienen en cuenta que el depositante en cualquier época puede recojer la cosa de la persona en quien la depositó, aun cuando sea capaz, y por consiguiente mucho mas podría hacerlo siendo el depositario un incapaz.

El Proyecto de 1851, en su art. 1668, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1263 y 1304 de este mismo Código; encontrándose precedentes en las leyes 12.ª, párrafo 15, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto; 14.ª, tit. 6.º, lib. 12 del mismo Digesto y 17.ª, tit. 34, Part. 7.ª

Concuerda con los arts. 1926 del Código de Francia, 1842 del de Italia, 1926 del de Bélgica, 1938 del de Bolivia, 1739 del de Holanda, 2907 del de la Luisiana, 1410 del de Vaud, 1951 del de Guatemala: 2211 del del Uruguay en su último apartado; 2219 apartado último del de Chile, 2194 del de la República Argentina, 2128 del de Veracruz-Llave, 2670 al 2672 del de México, 2552 al 2554 del de la Baja California y 2670 al 2672 del de Campeche; prescribiendo estos tres últimos como los de Chile y del Uruguay, no solo que el depositario incapaz tiene que consentir la restitución de la cosa depositada si se conserva aun en su poder, sino el provecho que hubiere recibido de su enajenación, y que cuando la incapacidad no fuera absoluta podrá el depositario ser condenado al pago de daños y perjuicios si hubiere procedido con dolo ó mala fe.

SECCIÓN TERCERA.

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO.

Art. 1766. El depositario está obligado á guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, ó á sus causa-

Digitized by Google

habientes, ó á la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad, en cuanto á la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título 1.° de este libro.

Reducido este precepto de justicia á una regla general que comprender pudiera á todos los contratos que con este tienen mas íntima relación, inútiles eran las prescripciones que hubieran de darse aquí como bases generales de las obligaciones del depositario, puesto que basta la simple referencia que de dichas reglas generales se hace en el artículo que comentamos; por ello, pues, poco hay que decir con relación al mismo, toda vez que en el título primero de este libro cuarto, al tratar de las obligaciones en general, se comprenden las que naturalmente han de tener todos los obligados, y por consiguiente se marcan como las dos principales del depositario las de cuidar la cosa como un buen padre de familia y restituirla al deponente siempre que se la pidiere. Todo lo cual conforme está con lo que prescribian, tanto el párrafo 3.°, tít. 4.°, lib. 3.° de la Instituta, como la ley 3.ª, tít. 3.°, Part. 5.ª, y con la doctrina sentada por diferentes sentencias del Tribunal Supremo, muy principalmente en la de 15 Junio de 1868.

El Proyecto de 1851, en su art. 1669, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 306 del Código de Comercio y n.° 5 del art. 548 del Código Penal.

Concuerda con los arts. 1927 del Código de Francia, 1843 del de Italia, 1927 del de Bélgica, núm. 1.° del 1435 del de Portugal, 1943 del de Bolivia, 1743 del de Holanda, 2915 del de la Luisiana, 1416 del de Vaud, 1956 del de Guatemala en su apartado primero; párrafo 1.° del 2226 y 2228 del de Chile, 2212 del del Uruguay, 2130 del de Veracruz-Llave, 2674 del de México, 2556 del de la Baja California, 2674 del de Campeche y otros.

Art. 1767. El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante.

En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios.

Evidente es el artículo que acabamos de consignar, puesto que, como hemos dicho al definir el depósito, por él se entrega la cosa exclusivamente para su guarda y custodia, por mas que en Roma se autorizaba alguna vez al depositario para utilizar el dinero y cosas fungibles depositadas, pero esto le hacia perder su verdadero carácter al contrato de depósito, llamándole por algunos depósito irregular, que consistia en la entrega de cosas fungibles hechas á peso, número ó medida, en el cual se conceptuaba existente la presunción de un permiso tácito para usarlas, pero realmente esto tenia mas bien el carácter de un préstamo mútuo.

Digitized by Google

Ni el Código francés, ni el bávaro, ni el de la Luisiana, ni la mayor parte de los Códigos modernos muestránse tan radicales, concisos y expresivos como el de Austria y el nuestro en esta materia; siendo realmente el mas correcto y técnico y el que mas conformidad guarda con la verdadera acepción jurídica de la palabra depósito, el precepto del art. 1767 que de nuestro Código comentamos, pues de un modo terminante y claro prohibe que el depositario se sirva de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, ni nadie exige la responsabilidad de daños y perjuicios, caso de obrar en contrario de una manera tan concluyente como el precepto que nos ocupa.

Precedentes encontramos en las leyes 31, tit. 2.°, lib. 19 del Digesto, y 2.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1670, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 1106 y 1107 de este mismo Código, y con el 306 del Código de Comercio.

Vemos concordancias en los arts. 1930 del Código de Francia, 1846 del de Italia, 1930 del de Bélgica, 1414 del de Vaud, 2911 del de la Luisiana, núm. 2.° del 1956 del de Guatemala, 2220 del de Chile, 2214 del del Uruguay, 2208 del de la República Argentina, 959 del de Austria, 2676 al 2678 del de Mexico, 2558 al 2560 del de la Baja California, 2131 del de Veracruz-Llave y 2676 al 2678 del de Campeche: debiendo advertir que en estos cuatro últimos, como en el de Guatemala y en el del Uruguay existe verdadera concordancia, puesto que se conceptuan desnaturalizados los depósitos con el uso de la cosa depositada, se exige que el permiso del deponente sea expreso, sin que nunca pueda presumirse, y se hace responsable de daños y perjuicios á todo depositario que se sirviere de la cosa depositada sin dicho expreso permiso del deponente; mientras que el citado artículo del Código de Italia se concreta á preceptuar que no podrá servirse de la cosa depositada sin permiso del depositante, y en los demás Códigos citados se admite la presunción del permiso y nada se expresa relativamente á la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 1768. Cuando el depositario tiene permiso para servirse ó usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo ó comodato.

El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia.

Ya hemos dicho anteriormente que el depósito en que se otorga permiso al depositario para usar de la cosa depositada pierde su carácter para convertirse en préstamo ó en comodato, según la naturaleza de las cosas depositadas; y esto, no solo se consigna muy lógicamente en el artículo que de nuestro Código nos ocupa, sino que terminantemente expuesto lo vemos en el art. 959 del

Digitized by Google

Código de Austria y en varias disposiciones del Digesto; así como también se ha expresado que ante nuestro derecho moderno el permiso para usar la cosa depositada no se presume, sino que debe probarse su existencia; pero el precepto que nos ocupa viene á corroborar el del artículo anterior y no da lugar á duda ni pretexto alguno para suscitar las cuestiones por aquél cortadas acerca del depósito irregular, ya de dinero ya de otras cosas fungibles.

Precedentes encontramos en las leyes 10.ª, tit. 1.º, lib. 12; 1.ª, tit. 3.º, libro 16; y 31, tit. 2.º, lib. 19 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1671, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 309 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1964 del Código de Guatemala, 2215 del del Uruguay, 2132 del de Veracruz-Llave, 2677 y 2679 del de México, 2559 y 2561 del de la Baja California y 2677 y 2679 del de Campeche.

Art. 1769. Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello ó cerradura por su culpa.

Se presume la culpa en el depositario, salva la prueba en contrario.

En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará á la declaración del depositante, á no resultar prueba en contrario.

Preceptos contiene este artículo verdaderamente de buen sentido que de conformidad están con la dignidad del depositario de buena fe y con los más extrictos principios de derecho. En el depósito, contrato de verdadera confianza las cosas deben volverse á su dueño tal cual se reciben, y si el objeto depositado no se encuentra al ser devuelto con los sellos intactos y en la forma que se entregó, la culpa debe presumirse siempre de parte del depositario, salvo prueba en contrario, á quien debe exigirse la responsabilidad de daños y perjuicios; y en cuanto al valor de lo depositado bajo pliego cerrado ó de otra manera análoga, es indudable que el depositario debe responder de aquello que el deponente exprese contenía, á no ser que se pruebe la inocencia de aquél ó que se demuestre contenía efectos ó valores distintos.

Precedentes encontramos en la ley 29, párrafo 1.º, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1672, propuso preceptos análogos á los del que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1104, 1106 al 1108, 1250 y 1251 de este mismo Código, y con el 306 del Código de Comercio; así como también

Digitized by Google

con el art. 246 del Reglamento de 1.° de Mayo de 1876 dictado para la constitución de depósitos en el Banco de España.

Concuerda con los arts. 1931 del Código de Francia, 1847 del de Italia, 1931 del de Bélgica, 1498 del de Portugal, 966 del de Austria, 1750 del de Holanda, 2414 del de la Luisiana, 1415 del de Vaud; regla 3.ª del art. 1956 del de Guatemala; 2216 del del Uruguay, 2223 y 2224 del de Chile, 2205 del de la República Argentina, 2680 al 2683 del de México, 2562 al 2565 del de la Baja California, 2680 al 2683 del de Campeche, y 2133 y 2134 del de Veracruz-Llave.

Art. 1770. La cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesiones.

Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el art. 1724.

También es de buen sentido que la cosa depositada se devuelva con todos los frutos y accesiones, porque como en virtud del depósito no ha dejado de pertenecer á su dueño, á éste corresponden los frutos de la cosa cuya propiedad no perdió.

En cuanto al segundo apartado de este artículo, es decir cuando el depósito consiste en dinero, como en este contrato existen las mismas ó mayores delicadezas que en el mandato, lo preceptuado en cuanto á la responsabilidad, respecto á los intereses por la mora del mandatario, debe considerarse como regla común á éste y al depositario, es decir, que deben ambos intereses de las cantidades que aplicaron á usos propios desde el dia en que lo hicieron, y de los que queden debiendo después de fenecido el mandato ó el depósito de de que se constituyen en mora.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 5.°; 24 tit. 3.°, lib. 16 del Digesto y 5.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1673, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1095 al 1097 de este Código y con el 306 del Código de Comercio.

Concuerda con el art. 1936 del Código de Francia, 1852 del de Italia, 1936 del de Bélgica, 2219 del de la Luisiana, 1755 del de Holanda, 1420 del de Vaud, 1956 del de Guatemala en su regla 4.ª; 2219 del del Uruguay, 2229 del de Chile, 2210 del de la República Argentina, 2235 del de Portugal en su núm. 2.°; 2674 del de México en su núm. 2.°; 2556 del de la Baja California en su núm. 2.°; 2674 del de Campeche en su núm. 2.°; y 2135 del de Veracruz-Llave.

Art. 1771. El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada.

Digitized by Google

Sin embargo, si llega á descubrir que la cosa ha sido hurtada y quién es su verdadero dueño, debe hacer saber á éste el depósito.

Si el dueño, á pesar de esto, no reclama en el término de un mes, quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada á aquel de quién la recibió.

Conforme con los principios de derecho anteriormente sentados viene este artículo á preceptuar que el depositante no puede ser compelido por el depositario á demostrar que es el verdadero dueño de la cosa depositada, en lo cual no deja de estar conforme con lo que se prescribia en la ley 1.ª, párrafo 39, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto y en la ley 31, párrafo 1.º del mismo título y libro: pero nuestro Código al adoptar esta doctrina ha complementado el artículo con los dos otros apartados, previniendo en el uno que, si noticioso el depositario de que la cosa depositada es efecto de un hurto y quien es el verdadero dueño, debe hacer saber á éste el depósito, á lo cual no se le obligaba ante el Derecho romano; y si el dueño, á pesar de esta noticia, no reclama en el término de un mes, término prudencial bastante fijado por la ley para hacer cualquiera reclamación, el depositario cumple sin responsabilidad de ningún género con devolver la cosa depositada á la persona de quien la recibió, pues tal y tan delicada es la fe del depósito que, no solo el Digesto mismo en su ley 26, tit. 3.º, lib. 16, y el Código romano en su ley 8.ª, tit. 42, lib. 3.º, sino algunos Códigos modernos, determinaron que el depositario no debia restituir la cosa sino al que se la entregó ó á aquel á cuyo nombre se hizo el depósito ó al que en el contrato se señaló para recibirla.

El Proyecto de 1851, en su art. 1675, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1938 del Código de Francia, 1854 del de Italia, 1938 del de Bélgica, 1422 del de Vaud, 2921 del de la Luisiana, 1757 del de Holanda, 1965 del de Guatemala, 1442 del de Portugal, 2215 del de la República Argentina, 2686 al 2688 del de México, 2568 al 2570 del de la Baja California, 2686 al 2688 del de Campeche y 2137 del de Veracruz-Llave; siendo de advertir que en los Códigos de México, Baja California y Campeche se fija el término de ocho dias para hacer las reclamaciones el verdadero dueño desde el momento en que el depositario le hizo saber haber sido objeto del depósito la cosa hurtada.

Art. 1772. Cuando sean dos ó mas los depositantes, si no fueren solidarios y la cosa admitiere división no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte.

Cuando haya solidaridad, ó la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los arts. 1141 y 1142 de este Código.

Digitized by Google

Dos preceptos contiene el art. 1772 que acabamos de consignar, los cuales se comprenden fácilmente, pues nadie puede poner en duda que si varias personas depositan cosas distintas en otra persona, cada uno de los depositantes sólo puede reclamar del depositario aquello que á éste entregó, y que cuando varios solidariamente entregan una cosa indivisible á un depositario, cada uno de los depositantes solidarios puede hacer lo que útil sea á los demás, pero no lo que les sea perjudicial; y que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los depositarios solidarios perjudicarán á todos éstos; así como el depositario puede devolver la cosa depositada á cualquiera de los depositantes solidarios; pero si hubiera sido judicialmente demandado por alguno de los depositantes, al demandante se le hará la entrega. Y esto no es nuevo, pues ya el párrafo 44 de la ley 1.ª, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto, entrañaba un precepto igual al del primer apartado del art. 1772 que de nuestro Código comentamos; y el párrafo 36 de la expresada ley romana, al final, es casi idéntico al 2.º apartado del art. 1772 que nos ocupa.

El Proyecto de 1851, en su art. 1677, propuso un precepto análogo al que es objeto de este comentario, que en relación está con los arts. 1137 al 1142 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1966 del Código de Guatemala, 2225 del del Uruguay, 1443 y 1444 del de Portugal, 2140 y 2141 del de Veracruz-Llave, 2689 del de México, 2571 del de la Baja California y 2689 del de Campeche; siendo los verdaderos concordantes los citados artículos de Portugal y de Veracruz-Llave, cuyos artículos corresponden cada uno á los respectivos apartados del precepto que comentamos; viéndose únicamente cierta analogía en los tres últimos Códigos de México, Baja California y Campeche, toda vez que, idénticos entre sí, en ellos se preceptúa que: *Siendo varios los que den una cosa ó cantidad en depósito, no podrá el depositario entregarla sino prévio consentimiento de todos, á no ser que al constituirse el depósito, se haya convenido en que la entrega se haga á cualquiera de los deponentes.*

En análogo sentido se encuentra el art. 1966 del Código de Guatemala, en el que se lee: *Cuando fueron dos ó más los depositantes, todos concurrirán á recibir el depósito, y no se entregará á uno ó muchos de ellos sin el consentimiento de los demás.*

Uruguay tiene en su Código otro precepto parecido al del art. 2225, pero no es verdaderamente concordante, pues prescribe que cuando no hay acuerdo entre los depositantes, el depositario deberá poner la cosa depositada á la orden del Juez.

Art. 1773. Cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino á los que tengan la administración de sus bienes y derechos.

Digitized by Google

También es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse, pues según las reglas de sana sinderesis y los principios de derecho, desde el momento en que uno se incapacita, no puede obligarse ni obligar; por tanto, la cosa depositada, cuando el deponente incurre en incapacidad, sólo debe entregarse al tutor ó administrador de los bienes y derechos del incapacitado.

Precedentes encontramos en las leyes 31, tit. 3.°, lib. 16 del Digesto, y 6.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1678, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 60, 262, 264 y 1263 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1940 del Código de Francia, 1856 del de Italia, 1940 del de Bélgica, 1446 del de Portugal, 1759 del de Holanda, 2923 del de la Luisiana; n.° 4.° del 1968 y 1970 del de Guatemala, 1424 del de Vaud, 2226 del del Uruguay, 2214 del de la República Argentina, 2692 del de México, y otros.

Art. 1774. Cuando al hacerse el depósito se designó lugar para la devolución, el depositario debe llevar á él la cosa depositada; pero los gastos que ocasione la traslación serán de cargo del depositante.

No habiéndose designado lugar para la devolución, deberá ésta hacerse en el que se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no haya intervenido malicia de parte del depositario.

Evidente es que en este como en todos los contratos ha de estarse á la voluntad de las partes, y si al efectuar el depósito se designó el lugar para la devolución de la cosa depositada, nada más natural y lógico que el depositario contraiga la obligación de entregarla en el sitio convenido, aun cuando los gastos que ocasione su traslación sean de cargo del depositante, pues realmente el depósito en beneficio de éste se hace, y no en obsequio del depositario, y por lo tanto, aquel que recibe el beneficio de un contrato es el que debe satisfacer los gastos anejos y proporcionales á la utilidad resultante.

En cuanto al segundo apartado del artículo que comentamos tampoco cabe duda que no habiéndose designado lugar para la devolución de la cosa depositada, esta debe tener lugar en donde se encontrare, aunque fuere punto distinto del en que se hizo el depósito, con tal que no hubiere mediado malicia, pues de mediar ésta, dicho se está que se hará responsable al culpable de los gastos de la traslación de la cosa.

Precedentes encontramos en la ley 12 al principio, tit. 3.°, lib. 16 del Digesto; y el Proyecto de 1851, en su art. 1680, propuso preceptos análogos.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 1942 y 1943 del Código de Francia, si bien en este último se preceptúa que caso de no designar el sitio de la restitución, ésta deberá hacerse en el mismo en que se haya constituido el depósito como sucede en Italia y en Bélgica (arts. 1858 y 1859, y 1942 y 1943 respectivamente). Vemos también concordancias con los arts. 1761 del Código de Holanda, 2925 y 2926 del de la Luisiana, 1426 y 1427 del de Vaud, 1972 del de Guatemala, 2228 del del Uruguay, idéntico al nuestro si bien señala en primer término, que cuando no hubiere pacto acerca del lugar de la disolución, deberá hacerse donde se verificó el depósito, después de lo cual viene el concepto que en el nuestro se encuentra á su final bajo las frases siguientes: «ó donde la cosa se halle, sin dolo por parte del depositario»; 1447 del de Portugal, 2232 del de Chile, 2216 del de la República Argentina, 2694 al 2696 del de México, 2576 al 2578 del de la Baja California, 2694 al 2696 del de Campeche, 2144 y 2145 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1775. El depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo ó tiempo determinado para la devolución.

Esta disposición no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario, ó se haya notificado á éste la oposición de un tercero á la restitución ó traslación de la cosa depositada.

No cabe duda alguna que haciéndose el depósito como repetidas veces hemos dicho en beneficio del deponente, no puede el depositario hacer uso ni sacar provecho alguno de la cosa depositada, sino que por el contrario, la tiene exclusivamente para su guarda, y por consiguiente, aunque se hubiere estipulado que la devolución se hiciere á término fijo, realmente la cosa depositada debe ser restituida al depositante cuando éste la reclame. Carece por ello, de todo pretexto el depositario para no restituirla; el plazo presumirse debe siempre puesto á favor del depositante, quien puede renunciar á su beneficio, pues el efecto de dicho plazo será que el depositario no pueda restituir el depósito antes del vencimiento, á no sobrevenir alguna justa causa como sucede en el caso á que se refiere el apartado 2.° del artículo que comentamos, pues de la misma manera que el deudor no puede pagar al acreedor cuando el crédito se embarga á favor del que contra dicho acreedor tiene sagrados derechos, tampoco puede ser restituido el depósito al deponente cuando la cosa depositada fuere judicialmente intervenida en virtud de acciones legales de un tercero debidamente ejercitadas.

Precedentes encontramos en la ley 2.ª, párrafos 45 y 46, tit. 3.°, lib. 16 del Digesto, y 5.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1681, propuso preceptos análogos al nuestro, que en relación están con el art. 1125 de este mismo Código y con los arts. 1442 y 1447 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente.

Concuerda con los arts. 1441 del Código de Francia, 1860 del deItalia, 2146 y 2147 del de Veracruz-Llave, 962 del de Austria, 2926 del de la Luisiana, 1762 del de Holanda, 1428 del de Vaud, 1973 del de Guatemala, 2229 del del Uruguay, 2227 del de Chile, 1448 del de Portugal, 2697 y 2698 del de México, 2572 y 2580 del de la Baja California, 2697 y 2698 del de Campeche y otros; siendo estos tres últimos más precisos y claros que ninguno.

Art. 1776. El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación.

También este principio es inconcuso y no necesita comentarse, pues no por el beneficio del depositante, ha de sacrificarse por largo tiempo el depositario, ni ha de privarse éste de la necesidad de ausentarse á otros paises, so pena de llevar consigo las cosas depositadas por muy lejanos que fueran los viajes y muy largas sus ausencias. Es más, pueden sobrevenir grandes peligros de que la cosa se pierda ya por inundaciones, ya por guerras, ya por otras causas mil, y no es posible que nadie obligue al depositario á continuar sosteniendo la guarda y custodia de las cosas depositadas que por causas previstas ordinariamente han de desaparecer.

Tiene sus precedentes en la ley 5.ª, párrafo 2.°, tit. 3.°, lib. 16 del Digesto y en la ley 61, párrafo 5 °, tit. 2.°, lib. 47 del mismo Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1682, propuso un precepto igual al del artículo que nos ocupa, que tiene sus concordantes con los arts. 2227 en la última parte de su apartado 1.° y párrafo 2.° del mismo; apartado 2.° del art. 1860 del de Italia, 1449 del de Portugal, 2230 del del Uruguay, 1977 del de Guatemala, 1763 del de Holanda, 2699 y 2700 del de México, 2581 y 2582 del de la Baja California, 2699 y 2700 del de Campeche y 2148 del de Veracruz-Llave.

Art. 1777. El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado á entregar ésta al depositante.

Tampoco necesita comentarse este artículo por ser de buen sentido; y en relación está con lo que se previene en el art. 307 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1934 del Código de Francia, 1850 del de Italia, 1954 del de Bélgica, 2230 del de Chile, 2203 del de la República Argentina, y otros.

Digitized by Google

Art. 1778. El heredero del depositario que de buena fé haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado á restituir el precio que hubiese recibido ó á ceder sus acciones contra el comprador, en el caso de que el precio no se le haya pagado.

No puede negarse que el heredero de una persona ha de presumir propiedad de su causante todo aquello que en su poder se encuentre, y por tal ha de tener los bienes herenciales de cualquier género mientras lo contrario no se demuestre; por tanto, el heredero de cualquier depositario que de buena fe vende una cosa que en poder de su causante se encontraba ignorando fuese depositada, no puede ser responsable ni estar obligado á otra cosa que á devolver el precio que por aquello vendido hubiere recibido, ó á ceder al depositante las acciones que él, como vendedor, tuviere contra el comprador caso de no haberse efectuado el pago.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 47; 2.ª, 3.ª, 4.ª, y 7.ª, párrafo 1.º; 9.ª, 10.ª, 14.ª, párrafo 1.º; y 22.ª, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto; encontrándose en relación el precepto que nos ocupa con los arts. 433, 434, 660 y 1950 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1851 del Código de Italia, completamente igual al nuestro hasta en su redacción; 1935 del de Francia, idéntico en la esencia; 2212 del de la República Argentina, 1935 del de Bélgica, 2231 del de Chile, y otros.

SECCIÓN CUARTA.

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE.

Art. 1779. El depositante está obligado á reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y á indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito.

Pocas son las obligaciones del depositante, pero la que entraña este artículo debe ser sagrada, porque, como se prescribía ya en las leyes romanas, es de natural equidad que nadie se perjudique por el oficio que en favor de otro desempeña, y como si el depositario no fuera reembolsado por el depositante de los gastos necesarios para la conservación de la cosa depositada, vendría á ser perjudicado en beneficio de dicho depositante, de aquí el que se vea la justi-

Digitized by Google

cia y equidad del precepto que nos ocupa, sin más que su simple lectura; pues de lo contrario desaparecería aquella máxima de todos conocida *nemini officium suum debet esse damnosum.*

Precedentes encontramos en las leyes 5 ª, al principio, 8.ª y 23.ª, tit. 3.º, libro 16 del Dig.; y 10.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª; no dejando de tener cierta relación con la ley 5.ª, tit. 5.º, lib. 5.º del Fuero Juzgo.

El Proyecto de 1851, en su art. 1684, propuso un precepto analogo al nuestro, que alguna relación tiene con los artículos 1106 y 1107 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1947 del Código de Francia, 1862 del de Italia, 1947 del de Bélgica, 1450 del de Portugal, 1961 del de Bolivia, 967 del de Austria, 2931 del de la Luisiana, 1765 del de Holanda, 1431 del de Vaud, 2295 del de Chile, 2231 del del Uruguay, 2224 del de la República Argentina, 2703 del de México, 2150 del de Veracruz-Llave, 2585 del de la Baja California y 2703 del de Campeche.

Art. 1780. El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

El depósito es naturalmente y sin necesidad de pacto especial la prenda de los créditos que el mismo ocasiona. Las impensas necesarias merecen por su naturaleza una especial protección y la tienen generalmente, pero la merecen mayor en el depósito, toda vez que es un contrato gratuito por parte del depositario y tan solo al depositante beneficioso. Por esto la razón del artículo que comentamos; por esto el derecho privilegiado sobre la misma cosa depositada para realizar el pago ó el reembolso de lo que el depositario gastó en la conservación de la cosa como consecuencia del depósito: pero si el depositario ha obrado tan noblemente que entregó la cosa sin hacerse pagar préviamente dichas expensas, no conservará ya derecho alguno ó privilegio sobre la misma, aunque si tendrá una acción personal contra el deponente para reclamarle dichos gastos.

Precedentes encontramos, hasta cierto punto por analogia, con el comodato en las leyes 11, tit. 34, y 14 párrafo 1.º tit. 31, lib. 4.º del Código Justinianeo, así como en la ley 9.ª, tit. 2.º, Part. 5.ª, que concede al comodatario la retención de la cosa para el cobro de impensas aunque la ley 10, tit. 3.º, Part. 5.ª negaba al depositario la retención por las impensas necesarias hechas en la cosa depositada.

El Proyecto de 1851, en su art. 1685, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1948 del Código de Francia, 1863 del de Italia,

Digitized by Google

1948 del de Bélgica, 2927 del de la Luisiana, 1766 del de Holanda, 1432 del de Vaud, 2234 del de Chile, 2232 del del Uruguay, 2223 del de la República Argentina, 1450 del de Portugal, 2704 y 2705 del de México, 2151 del de Veracruz-Llave, 2586 y 2587 del de la Baja California y 2704 y 2705 del de Campeche.

SECCIÓN QUINTA.

DEL DEPÓSITO NECESARIO.

Art. 1781. Es necesario el depósito:

1.° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2.° Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes.

Al ocuparse esta sección 5.ª del depósito necesario empieza por decirnos en este artículo lo que es tal depósito, y realmente se desprende de su propio nombre la esencia del mismo. Depósito necesario es aquel en virtud del cual se entrega una cosa a determinada persona para su guarda y custodia con ocasión de algun accidente ó calamidad como incendio, ruina, saque, naufragio ú otros semejantes, obligándose á devolverla á su dueño cuando cesare el motivo de tal encargo, ó como dice el Código de Chile, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante. Y esta clase de depósito puede ser convencional ó particular y judicial ó legal, dependiendo el primero de la súplica del de positante al depositario para que le conserve una, cosa que se encuentre en peligro, y del asentimiento de la persona que admite el depósito; realizándose el segundo ó sea el judicial ó secuestro en virtud de la orden judicial para la guarda y custodia de las cosas litigiosas. De manera que éste es realmente una especie del genero depósito necesario.

Depósito necesario es el ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos ú otros acontecimientos de fuerza mayor que sometan á las personas á una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros, según el Código de la República Argentina; de suerte que cada Código define el depósito necesario, dividiéndolo en convencional ó voluntario, y judicial como queda dicho.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, párrafo 3.°, tit. 3.°, lib. 16 del Digesto; 1.ª y 8.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1686, propuso un precepto análo-

Digitized by Google

go al apartado 2.° del art. 1781 que comentamos, relacionado más ó menos directamente con el Reglamento de 7 de Agosto de 1875 de la Caja general de Depósitos; y la Real órden de 1.° de Mayo de 1876 aprobando el Reglamento del Banco de España, según el cual, sólo admite éste depósitos voluntarios en efectivo, y efectos en custodia, si bien por el Real decreto de 24 de Mayo de 1874 quedó autorizado para recibir depósitos voluntarios, necesarios y judiciales; sujetándose á las disposiciones de la ley de enjuiciar pertinentes al caso.

Concuerda con los arts. 1949 del Código de Francia, 1864 del de Italia, 1949 del de Bélgica, 1740 del de Holanda, 2935 del de la Luisiana, 1939 del de Bolivia, 1433 del de Vaud, 1949 del de Guatemala, 2236 del de Chile, 2233 del del Uruguay, 2227 del de la República Argentina y otros.

Art. 1782. El depósito comprendido en el núm. 1.° del artículo anterior se regirá por las disposiciones de la ley que lo establezca, y en su defecto, por las del depósito voluntario.

El comprendido en el núm. 2.° se regirá por las reglas del depósito voluntario.

El depósito que se hace en cumplimiento de una obligación legal, evidente es que ha de regirse por las disposiciones de la ley que lo establece; esto es una verdad que no necesita demostrarse, es de pura sindéresis.

El depósito que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes, regirse debe por las disposiciones del depósito voluntario, pues el depósito por más que sea necesario es un verdadero contrato con todas sus consecuencias.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tit. 3.°, lib. 16 del Digesto, y 1.ª, tit. 3.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1688, propuso un precepto parecido al del 2.° apartado del art. 1782 que comentamos, que en relación está con los artículos 546 y núm. 5.° del 548 del Código penal.

Concuerda con los arts. 1952 del Código de Francia, 1866 del de Italia, 1767 del de Holanda; 1435 del de Vaud, 2237 del del Uruguay, 2240 del de Chile, 2239 del de la República Argentina, y otros, como los arts. 2160 y 2161 del de Veracruz-Llave, 1980 y 1981 del de Guatemala en los que se ve alguna analogía, 2710 y 2711 del de México, 2591 y 2592 del de la Baja California y 2710 y 2711 del de Campeche.

Art. 1783. Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas ó mesoneros responden de ellos como tales deposi-

Digitized by Google

tarios, con tal que se hubiese dado conocimiento á los mismos, ó á sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos.

Es indudablemente un depósito necesario el de los efectos introducidos por viajeros en las fondas ó mesones, y así vienen determinándolo también varios Códigos extranjeros, entre ellos el de la República Argentina, pues en efecto, el viajero que entra en una fonda, necesariamente deposita en ella lo que consigo transporta, y confianza ha de inspirarle la que elige como su morada para efectuar tal depósito. Pero como pudiera perjudicarse á los dueños de tales establecimientos sin llenar ciertos requisitos, de aquí el que sea indispensable para la responsabilidad de los fondistas ó mesoneros, que se les de conocimiento de los efectos introducidos en la casa, bien á los dueños, bien á los dependientes, y se observen las prevenciones que el que se encuentre al frente del establecimiento racionalmente exigiere, según costumbre, acerca del cuidado y vigilancia de dichos efectos.

Rigurosa á primera vista parece la responsabilidad que á los fondistas se les exige, como inquisitiva y fiscalizadora resulta, por otro lado, la intervención de estos y sus dependientes en la introducción de los efectos que como depositados se consideran, y la sujeción del viajero á ciertas prevenciones impuestas por los fondistas; pero bien mirado, uno y otro es lógico y razonable, porque si como depósito necesario se entiende el de los efectos introducidos en cualquier fonda ó posada, como este depósito al fin es voluntario ó convencional y por consiguiente es un verdadero contrato que liga y compromete á ambos contrayentes, de aquí el que ambos tengan conocimiento de lo que se introduce y de lo que ha de ser objeto de la guarda ó custodia, pues mal puede hacerse responsable á un depositario de lo que no conoce ó de aquello cuya custodia no se le encomendó expresamente. Además esto es de órden público; necesario es para la seguridad de los viajeros; y si bien se reflexiona puede ser la base de la más sólida prosperidad de los mismos establecimientos; pues la confianza que éstos inspiran, la buena fe y la vigilancia á que la ley les sujeta es lo que facilita y multiplica los viajes y lo que atrae á esta clase de establecimientos mayor número de viajeros; aparte de que no sería posible ni conveniente aun al mismo fondista (ni habían de permitirlo los viajeros), un inventario cuotidiano de los efectos que éstos aportaren.

Al propio tiempo el conocimiento de los dependientes ó sirvientes del establecimiento, á falta de su jefe, hace evitar muchas dudas y responsabilidades, pues facilita al viajero el cumplimiento de las prevenciones establecidas en la

Digitized by Google

casa para los efectos del caso, y por otro lado pone á los fondistas al abrigo de toda responsabilidad por lo que cuidadosamente se le pudiera ocultar.

Precedentes encontramos en las leyes 5.ª, al principio, tít. 9.º, lib. 4.º del Digesto; 1.ª, párrafo 1.º del mismo título y libro; y 26.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1689, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 1903 de este mismo Código y 20 del Código Penal.

Concuerda con los arts. 1952 del Código de Francia, 1866 del de Italia, 1952 del de Bélgica, 1436 del de Vaud, 2936 del de la Luisiana, 1978 del de Guatemala, 2238 del del Uruguay, 1746 del de Holanda, 2241 y 2242 del de Chile, 1420 del de Portugal, 2229 y 2230 del de la República Argentina, y otros.

Art. 1784. La responsabilidad á que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados ó dependientes de los fondistas ó mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo á mano armada, ó sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor.

Lógico es este precepto, pues si se considera como depósito la introducción de los efectos que llevan los viajeros en las posadas ó fondas donde se albergan, indudable es que los jefes de dichos establecimientos han de responder de los daños en aquéllos causados por sus criados ó dependientes, y aun por los extraños, siempre que no sean debidos á acontecimientos de fuerza mayor; pues el cuidado y la custodia que al depositario se impone de los efectos depositados alcanza hasta donde puede llegar el cuidado que un buen padre de familia tiene en sus cosas propias, pero no puede extenderse mas allá de lo inevitable hasta para el mejor padre de familia.

Precedentes encontramos en la ley 203 de *Regulis juris*; ley única, al principio, párrafo 6.º, tit. 5.º,, lib. 47 del Digesto; ley 5.ª, párrafo 6.º, tit. 1.º, lib. 44 del Digesto; y ley 26.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1690, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 1903 de este mismo Código y 20 del Código Penal.

Concuerda con los arts. 1953 y 1954 del Código de Francia, 1867 1868 del de Italia, 1953 y 1954 del de Bélgica, 1747 y 1748 del de Holanda, 2938 y 2939 del de la Luisiana, 1437 y 1438 del de Vaud, 1968 del de Guatemala, 2212 y 2243 del de Chile, 2239 del del Uruguay, 1421 y 1422 del de Portugal, 2230 y 2236 del de la República Argentina, y otros.

Digitized by Google

CAPITULO III.

Del secuestro.

Art. 1785. El depósito judicial ó secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo ó el aseguramiento de bienes litigiosos.

Trata este nuestro Código del secuestro en el capítulo tercero que acabamos de consignar, diferenciando muy oportunamente el depósito necesario judicial del que en si constituye el depósito necesario convencional que es del que hemos tratado anteriormente, y poniendo en claro las dudas que pudiera suscitar la confusión con que en lo antiguo venia tratándose del depósito necesario y el verdadero secuestro, puesto que bajo este nombre se consideraban antes, y aun en el dia se conceptúan por algunos Códigos modernos como idénticos el depósito necesario convencional y el depósito necesario judicial ó verdadero secuestro: confusión que se veia en el Proyecto de 1851 al determinar en su art. 1691 que el secuestro es convencional y judicial; como se veia también en el art. 1955 del Código de Francia vertida la misma idea, y se ve en los arts. 1869 del Código de Italia, 1955 del de Bélgica y otros Códigos extranjeros, en los que bajo la acepción de secuestro se entendia todo depósito necesario que luego clasificaban en convencional y judicial.

De antiguo ya se reconoció la necesidad del depósito judicial y en las leyes 9.ª y 10.ª tit. 26, lib. 10 de la Novísima Recopilación se vino determinando una institución que al mismo correspondiese, y bajo la cual pudieran verificarse dichos depósitos, estableciéndose en un principio á tal objeto las Depositarías, después las Cajas de amortización, luego la Caja general de Depósitos, dándosele también este carácter al Banco de España.

Precedentes vemos en las leyes 7.ª, párrafo 2.º, tit. 8.º, lib. 2.º; 21, párrafo 3.º, tit. 1.º, lib. 4º del Digesto y 1.ª, tit. 3.º, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1694, limitóse á proponer que el depósito judicial se rige por las disposiciones del Código de procedimientos civiles que le son concernientes, y conviene ver sobre el particular el título 14 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente como el Real Decreto de 29 Setiembre de 1852 y el Reglamento especial de 17 Enero de 1874, donde se encuentran disposiciones que en relación estan con las que entraña este Código relativas al secuestro ó depósito judicial.

Concuerda con los arts. 1949 del Código de Guatemala, 2249 del de Chile, 2245 del del Uruguay y otros varios.

Digitized by Google

Art. 1786. El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles.

De la misma manera que dijimos al tratar del depósito ordinario que por su naturaleza y origen debia entenderse generalmente respecto de las cosas muebles, tratándose de estos mismos bienes embargados judicialmente, puede hacerse extensivo á los inmuebles, aunque en nuestro concepto, técnicamente considerado, el secuestrador ó depositario judicial de cosas inmuebles, más bien debiera llamarse administrador que secuestrador, pues una verdadera administración es la que se establece respecto á los bienes inmuebles intervenidos judicialmente por razón de algún litigio.

En relación está el artículo que nos ocupa con los arts. 334 al 336 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 1959 del Código de Francia, 1873 del de Italia, 1959 del de Bélgica, 2251 del de Chile y otros.

Art. 1787. El depositario de los bienes ú objetos secuestrados no puede quedar libre de su encargo hasta que se termine la controversia que lo motivó, á no ser que el Juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados ó por otra causa legítima.

Tampoco cabe duda que el precepto que acaba de consignarse es de buen sentido porque si el objeto del secuestro es el aseguramiento de los bienes litigiosos, dicho se está que el depositario no ha de poder abandonar tal depósito hasta tanto que se terminare la controversia, pues en el cuasicontrato establecido al constituir tal depósito, al aceptarlo el depositario se compromete á la guarda y custodia de los objetos del depósito por el tiempo que sea necesario su aseguramiento, y solo el Juez que lo constituyó puede ordenar lo contrario cuando justa causa tuviere para ello ó cuando conforme en lo mismo estuvieren todos los interesados.

Precedentes encontramos hasta cierto punto en las leyes 9.ª, párrafo 3.º, tít. 3.º, lib. 4.º; 1.ª, párrafo 22, tit. 3.º, lib. 16; 5.ª, párrafo 2.º, tit. 3.º, lib. 16 del Digesto; ley 35 de *Regulis juris*; 5.ª, tit. 34, lib. 4.º del Código romano y 2.ª, título 9.º, Part. 3.ª

Concuerda con los arts. 1960 del Código de Francia, 1874 del de Italia, 1960 del de Bélgica, 1980 y 1981 del de Guatemala, 2256 del de Chile, 2252 del del Uruguay, 2708 del de México, 2590 del de la Baja California, 2708 del de Campeche, y regla 2.ª del 2162 del de Veracruz-Llave, que es igual á la regla 2.ª del art. 1693 del Proyecto de 1851.

Art. 1788. El depositario de bienes secuestrados está obligado á cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia.

Digitized by Google

También es de pura sindéresis el precepto que acaba de consignarse, pues si al depositario en general se le exije esta condición, mucho más debe exigírsele al depositario ó secuestrador judicial que generalmente recibe por el ejercicio de su cargo las dietas que el Juez le designa y que tanto por esa retribución como por el cargo verdaderamente oficial que acepta, queda más obligado á su buen desempeño y á su cumplimiento de la manera que lo haria un buen padre de familia.

Concuerda con los arts. 1961 al 1963 del Código de Francia, 1875 al 1877 del de Italia, 1961 al 1963 del de Bélgica, 1775 y 1776 del de Holanda, y otros.

Art. 1789. En lo que no se hallare dispuesto en este Código, el secuestro judicial se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Es de referencia á la ley procesal el precepto que nos ocupa; necesario y lógico lo encontramos para que la ley subjetiva pueda tener acertada aplicación; y en relación está con los arts. 966 al 968, 1069, 1095, 1173 al 1175, 1179 al 1185, 1228, 1351 al 1363, 1365, 1409, 1421, 1442, 1536, 1601 y 1621 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El Proyecto de 1851, en su art. 1694, propuso un precepto análogo, y concuerda con los arts. 1961 al 1963 del Código de Francia, 1875 al 1877 del de Italia, 1961 al 1963 del de Bélgica, 2949 del de la Luisiana, 1967 del de Bolivia, 1445 y 1446 del de Vaud, 1775 y 1776 del de Holanda, párrafo 2.° del 2257 del de Chile, 2711 del de Mexico, 2592 del de la Baja California, 2161 del de Veracruz-Llave y 2711 del de Campeche.

TÍTULO XII.

De los contratos aleatorios ó de suerte.

CAPÍTULO PRIMERO.

DISPOSICIÓN GENERAL.

Art. 1790. Por el contrato aleatorio, una de las partes, ó ambas recíprocamente, se obligan á dar ó hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar ó hacer para el caso de un acontecimiento incierto, ó que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

Digitized by Google

Este título doce viene á tratar una interesante materia no bien comprendida de ordinario, y que ha dado lugar á dudas y costosos litigios por no sentarse bien los principios que deben servirle de fundamento. Contrato aleatorio es aquel por el cuál una de las partes se obliga á dar alguna cantidad ó hacer alguna cosa como un equivalente á lo que la otra parte ha de dar ó hacer, para el caso en que sobrevenga un acontecimiento incierto. Procedente en su etimología de *alea*, suerte ó azar, convenio es cuyos efectos se subordinan á un acontecimiento incierto. Los contratos que se reputan aleatorios, no pueden recibir nunca un nombre particular; ellos abrazan todas las convenciones, cuyo resultado está cubierto con el velo del porvenir ó de la suerte, y en los mismos, un precio cierto compensa un riesgo ó paga una ventaja incierta: son contratos de verdadera esperanza, contratos producidos siempre por la incertidumbre, y á veces por sospechas del sobrevenimiento de hechos que pueden ser más ó ménos perjudiciales; contratos en los que parece tentarse la fortuna ó tranquilizarse el individuo contra los caprichos de la misma; contratos en los que á favor de combinaciones especiales creanse bienes presentes dándose un precio á las probabilidades más ó ménos próximas, simples esperanzas que llegan á ser la base de riquezas reales, y que conjurando ó suavizando ciertos males que se ven en mientes, embotan ó aminoran los golpes de la suerte, asociando en su participación á personas distintas de aquellas que los presumen.

Precedentes encontramos en la ley 8.ª, tit. 1.º, lib. 18 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1695, propuso un precepto análogo al nuestro que en relación está con los arts. 1088, 1114 al 1124 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1694 del Código de Francia, 1448 del de Vaud, 1964 del de Bélgica, 1537 del de Portugal, 1837 del de Guatemala, 527 del de Prusia en su tit. 11, parte 1.ª; 1811 del de Holanda, 2051 del de la República Argentina, 1729 del de Italia, 2162 del de Veracruz-Llave, 2829 del de México, 1701 del de la Baja California, 2829 del de Campeche y otros; siendo los principales contratos aleatorios el de seguro, el de préstamo á la gruesa ó riesgo marítimo, el de juego y apuesta, el contrato de renta vitalicia, la sociedad de minas y la compra de esperanza.

CAPITULO II.

Del contrato de seguro.

Art. 1791. Contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles ó inmuebles asegurados, mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes.

Digitized by Google

El contrato aleatorio que en primer termino figura en nuestro Código, es el seguro; en virtud del cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles ó inmuebles asegurados mediante cierto precio por las partes fijado libremente.

De esta definición se desprende que la responsabilidad del asegurador alcanza hasta el caso fortuito, nunca del daño intencional; y en cuanto á la libertad de la fijación del precio, no hay que negar su justificación, pues desde el momento en que hoy todos los contratos son consensuales, de la voluntad de las partes deben depender ante todo, mucho más en estos contratos aleatorios en que se reconoce como su causa y fundamento la incertidumbre y el peligro.

Precedentes encontramos en la ley 26, tít. 32, lib. 4.º del Código romano, y en la Novela 110, si bien estas disposiciones redujeron al 12 por 100 anual el precio del dinero trayecticio, acerca del que se reconocia la misma libertad ó más que hoy en el antiguo Derecho romano.

El Proyecto de 1851, en su art. 1696, propuso un precepto idéntico al nuestro, que en relación está con los arts. 334 al 336, 1105 y 1575 de este mismo Código; 380, 385, 386, 416, 432 y 438 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1979 del Código de Veracruz-Llave, 1287 al 1289 del de Austria, 1866 del de Guatemala, 2833 y 2871 del de México, 2705 y 2743 del de la Baja California, 2833 y 2871 del de Campeche, y otros; encontrando alguna analogia en el art. 1538 del Código de Portugal; y siendo de advertir que en algunos Códigos extranjeros, como el de Uruguay en su art. 2128 y el de Chile en su art. 2258, después de enumerar los principales contratos aleatorios y señalar entre ellos en primer lugar los seguros y el préstamo á la gruesa, no se trata de ellos seguidamente, como parecia lo natural, sino que se ocupan del juego y de la apuesta, y de la renta vitalicia en los capitulos siguientes.

Art. 1792. También pueden asegurarse mutuamente dos ó más propietarios el daño fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos. Este contrato tiene el nombre de seguros mútuos, y, cuando en él no se ha pactado otra cosa, se entiende que el daño debe ser indemnizado por todos los contratantes en proporción al valor de los bienes que cada uno tiene asegurados.

El seguro á que se refiere este art. 1792, tiene el carácter de una sociedad para objeto determinado, y se utiliza frecuentemente entre propietarios de fincas urbanas para hacer más llevaderos los efectos deplorables de un incendio, sin caer en las mallas de ciertas sociedades anónimas aseguradoras de siniestros, en las que el espiritu de especulación todo lo arrolla y lo avasalla, sin que

Digitized by Google

según las firmas que garanticen dichas sociedades, haya poder humano que libre á los propietarios de sus voraces instintos, más voraces aún que los incendios que ofrecen asegurar.

Por ello, en esta misma capital, muchos de los dueños de la más sana propiedad, viven asociados para auxiliarse caso de incendio, y remediar los males de dichos siniestros, indemnizándose mútuamente los perjuicios que se les ocasionaren por los mismos; en estas sociedades no suele haber verdadero precio para la aseguración, sino que los socios aportan una cantidad proporcional al valor de las casas que poseen, y con esos capitales reunidos y dedicados en parte á la producción, se atiende á la reparación de los siniestros que cada socio experimente en sus fincas urbanas.

El Proyecto de 1851, en su art. 1697, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 1105 y 1575 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2164 del Código de Veracruz-Llave, 2850 y 2851 del de México, 2722 y 2723 del de la Baja California, 2850 y 2851 del de Campeche, y otros.

Art. 1793. El contrato de seguro deberá consignarse en documento público ó privado, suscrito por los contratantes.

Este precepto es de buen sentido y no necesita comentario, porque si antes se indicó la conveniencia de hacer constar todo contrato para evitar pleitos y cuestiones, evidente es que en el de seguro, que tanta trascendencia tiene, se hace más indispensable tal prescripción que tomada parece en su esencia del art. 382 del Código de Comercio, y en relación está con el 387 del mismo y con el 1216 del que comentamos.

Concuerda con el art. 1868 del Código de Guatemala, 2835 del de México, 2707 del de la Baja California, 2835 del de Campeche, y otros.

Art. 1794. El documento deberá expresar:

1.° La designación y situación de los objetos asegurados y su valor.

2.° La clase de riesgos cuya indemnización se estipula.

3.° El dia y la hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato.

4.° Las demás condiciones en que hubieran convenido los contratantes.

También este artículo es de los que han de evitar muchos pleitos, pues señala la tramitación que ha de seguirse al consignar por escrito los contratos

Digitized by Google

de seguro, y comprende todos los requisitos indispensables para determinar bien y fielmente los elementos más precisos del seguro y las bases y condiciones del mismo.

Está conforme el precepto que comentamos con el art. 383 del Código de Comercio vigente, si bien en aquél se exijen más requisitos que en éste, pues se comprenden como tales los que por su naturaleza en todo contrato, sin que la ley lo exprese, deben consignarse.

Concuerda con las arts. 1872 del Código de Guatemala, 2839 del de México, 2711 del de la Baja California y 2839 del de Campeche.

Art. 1795. Es ineficaz el contrato en la parte que la cantidad del seguro exceda del valor de la cosa asegurada, y tampoco podrá cobrarse más de un seguro por todo el valor de la misma.

En el caso de existir dos ó más contratos de seguro para el mismo objeto, cada asegurador responderá del daño en proporción al capital que haya asegurado, hasta completar entre todos el valor total del objeto del seguro.

Parece á primera vista que los preceptos que entraña este artículo están en contradicción con la libre voluntad de cada uno de los contratantes, pues si las cosas tienen el valor porque se venden ó porque se contratan, según se sostiene en algunas legislaciones forales, dicho se está que no ha de ser permitido á un tercero ventilar la eficacia del contrato de seguro que exceda del valor tasado de la cosa asegurada, pero razones de equidad aconsejan que la eficacia del contrato de seguro dependa de la proporcionabilidad entre el precio del seguro y el valor de la cosa asegurada, sin que nunca pueda cobrarse mayor cantidad del seguro que la que representa el valor de la finca asegurada porque esto implicaría un pacto leonino tan inmoral en el fondo como la cobranza de dos ó más seguros por una misma finca.

Esta doctrina guarda perfecta conformidad con la que se sustenta en los arts. 399 y 400 del Código de Comercio.

Art. 1796. Cuando sobreviniere el daño, debe el asegurado ponerlo en conocimiento del asegurador y de los demás interesados en el plazo que se hubiese estipulado; y en su defecto en el de veinticuatro horas, contadas desde que el asegurado tuvo conocimiento del siniestro. Si no lo hiciere, no tendrá acción contra ellos.

Obedece este precepto á la necesidad de fijar un término para que, recientemente irrogado el daño, pueda ser tasado éste; por esto cuando entre el ase-

Digitized by Google

gurado y el asegurador no hubiere habido convenio expreso acerca de cual ha de ser este plazo, previene nuestro Código que se efectúe dentro de las veinticuatro horas contadas desde que el asegurado tuvo conocimiento del siniestro (tres dias proponia el Proyecto de 1851); y se comprende bien, pues no solo se hace indispensable el conocimiento del siniestro por todos los contratantes para los efectos de la tasación antes indicada, sino para que sea más fácil averiguar si dicho siniestro es verdaderamente tal, obedeciendo á un caso fortuito ó puede haber culpa del propietario ó de alguna otra persona á quien se le haga responsable del daño, pues evidentemente si un incendiario destruye con volición la casa de un enemigo, justificado quien sea aquél, ha de responder necesariamente en primer término del daño que causó.

El Proyecto de 1851, en su art. 1698, propuso un precepto análogo; y concuerda el artículo que comentamos con los arts. 2165 del de Veracruz-Llave, 1290 del de Austria, 1876 del de Guatemala, 2863 del de México, 2735 del de la Baja California y 2863 del de Campeche; debiendo hacer presente que estos tres últimos Códigos señalan un plazo de seis dias para el aviso.

El artículo que de nuestro Código nos ocupa se halla en perfecta relación con lo que previenen los arts. 401 y 765 de nuestro Código de Comercio vigente.

Art. 1797. Es nulo el contrato si al celebrarlo tenía conocimiento el asegurado de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo, ó el asegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados.

Tan esencial es este requisito, que si al tiempo de la celebración del contrato supiera el asegurador que la cosa objeto del seguro estaba en salvo, ó el asegurado que habia perecido, no podria menos de decretarse la nulidad de dicho contrato por la mala fe de alguno de ellos y porque realmente no existiria la causa de la obligación, mas si los contrayentes ignorasen al tiempo de efectuar el contrato que la cosa se habia salvado ó habia perecido, suponen algunos que, de conformidad con lo prevenido en el art. 784 del Código de Comercio, seria válido dicho contrato. Más esto ha de comprenderse que depende de la prueba que sobre la ignorancia del siniestro se hiciere.

El Proyecto de 1851, en su art. 1699, propuso un precepto análogo que en relación está con los arts. 381 y 784 al 788 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1873 del Código de Guatemala, 1291 del de Austria, 2167 del de Veracruz-Llave, 2868 del de México, 2740 del de la Baja California, 2868 del de Campeche, en todos los cuales se ve la tendencia de seguir los principios anteriormente sentados relativos á toda convención, para cuya eficacia

Digitized by Google

es indispensable que haya consentimiento expontáneo y libre, objeto y causa del contrato; y en el caso de conceptuar válido un seguro hecho bajo los auspicios que en el art. 1797 se indican, ni habria consentimiento por la existencia del error, ni habria objeto de la convención, ni existiria la causa del contrato.

CAPITULO III.

Del juego y de la apuesta.

Art. 1798. La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite ó azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, á no ser que hubiese mediado dolo, ó que fuera menor, ó estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.

Si el juego está prohibido por la ley, evidente es que la ley no podia sancionar una acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite ó azar, y por ello, no ha podido menos el legislador de dictar el precepto que nos ocupa, pues hubiera incurrido en flagrante contradicción al conceder acciones para reclamar lo que en los juegos de azar ó envite se hubiere ganado; mas lo que una vez perdido voluntariamente se paga no puede repetirse de no mediar fraude, pues de admitirse esa repetición no habria seguridad alguna en las acciones espontáneas y voluntarias del hombre.

Tanto en Roma como en nuestra patria corrió diferentes vicisitudes la legislación sobre este punto, hasta el extremo de que hubo época que en aquel pueblo legislador, estando prohibidos los juegos de suerte, no podia repetirse lo pagado en ellos ni exigirse lo que en los mismos se ganaba; mientras que algunas leyes del Digesto regulan los juegos de destreza y ejercicio corporal ocupándose de algunos de dichos juegos, y fijando la cantidad que podria jugarse; y si bien la ley 15.ª, tit. 23.º, lib. 12 de la Novísima Recopilación adoptó en su mayor parte la doctrina romana que consideraba á los jugadores de azar como infamados, mucho tomaron las leyes recopiladas de las que D. Juan I dió en las Cortes de Briviesca el año 1387, y D. Carlos III en 1771. Pero dejando aparte esta serié de consideraciones, como también las prescripciones del Fuero Juzgo y los conceptos que el juego ha sugerido á la mayor parte de los hombres pensadores, y reduciéndonos al concepto jurídico que envuelve el artículo que comentamos, que es lo único que á nuestra misión incumbe, hemos de afirmar si, que el juego y la apuesta son los contratos menos favorables entre

Digitized by Google

los aleatorios, y que menos consideración deben obtener de todos los legisladores, pues las prescripciones que sobre los mismos se dan, parece vienen á sancionar lo que prohibido está por la ley.

El Proyecto de 1851, en su art. 1700, propuso un precepto análogo, que en relación más ó menos directa está con los arts. 199, 200, 320, 1101 y 1102 de este mismo Código y con los arts. 358 al 360 y 594 del Código penal; pues efectivamente en el Código que comentamos, con gran lógica y buen sentido se sienta una excepción para que pueda repetirse lo que se hubiera pagado voluntariamente por el juego cuando hubiere mediado dolo (que es á lo que se refieren precisamente los artículos citados del Código penal citado y los artículos 1101 y 1102 de este mismo Código), y cuando fuere menor el pagador ó estuviere inhabilitado para administrar sus bienes, casos de referencia á los artículos también citados 199, 300 y 320 con sus concordantes de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1965 y 1967 del Código de Francia, 1802 y 1804 del de Italia, 1965 y 1967 del de Bélgica, 577 y 578 del de Prusia en su tit. 9.°, parte 1.ª; 1271 al 1273 del de Austria, 1449 y 1450 del de Vaud, 1825 al 1828 del de Holanda, 1864 y 1865 del de Guatemala, 2137 y 2138 del del Uruguay, 2259 al 2262 del de Chile, 1542 del de Portugal, 2055, 2063 al 2066 del de la República Argentina, 2169 y 2170 del de Veracruz-Llave, 2900, 2901 y 2904 del de México, 2772, 2773 y 2776 del de la Baja California y 2900, 2901 y 2904 del de Campeche.

Art. 1799. Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable á las apuestas.

Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos.

Nada puede decirse respecto de este artículo puesto que de referencia como es al anterior, á lo que respecto del mismo hemos expuesto, debemos remitir á nuestros lectores.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 5.°, lib. 11, y 17.ª, párrafo 5.°, tit. 5.°, lib. 19 del Digesto; y ley 15.ª, tit. 23 lib. 12 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1702, proponía un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 785 de nuestro Código de Comercio vigente.

Se asemeja algún tanto el contrato de apuesta al contrato de seguro sobre buenas ó malas noticias de que se trata en el art. 785 de nuestro Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1965 del Código de Francia, 1802 y 1804 del de Italia, 1965 del de Bélgica, 1270 y 1271 del de Austria, 579 del de Prusia en la parte

Digitized by Google

primera del tit. 11, 1825 del de Holanda, 1449 del de Vaud, 1859 al 1863 del de Guatemala, 2130, 2137 y 2138 del del Uruguay, 2259 al 2262 del de Chile, 2055, 2057 y 2064 al 2066 del de la República Argentina, 1543 del de Portugal, 2906 al 2910 del de México, 2778 al 2782 del de la Baja California, 2906 al 2910 del de Campeche y 2169 y 2170 del de Veracruz-Llave.

Art. 1800. No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras á pié ó á caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.

Como quiera que los juegos prohibidos son los puramente de azar, suerte ó envite, no pueden considerarse como tales los que dependen de la habilidad ó destreza de los jugadores, pues éstos, lejos de perjudicar, estimulan y contribuyen grandemente al desarrollo de la inteligencia y hasta del trabajo, y nunca dependen de un evento incierto en absoluto. Así es que en esta clase de juegos pueden equilibrarse las fuerzas de los jugadores y demostrarse la competencia de los mismos en quienes el desenvolvimiento de sus condiciones ha de depurarse necesariamente cada vez más y han de ser conocidas por los que tercien en favor de los unos ó de los otros.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, párrafo 1.°; 3.ª y 4.ª, tit. 5.°. lib. 11 del Digesto, y ley 15, tit. 23, lib. 12 de la Novísima Recopilación.

Concuerda con los arts. 1966 del Código de Francia, 1803 del de Italia, 1966 del de Bélgica, 577 del de Prusia, 1270 del de Austria, 1826 del de Holanda, 2139 del del Uruguay, 2263 del de Chile en su párrafo 1.°, 2055 del de la República Argentina, 2901 del de México, 2773 del de la Baja California, y 2901 del de Campeche.

Art. 1801. El que pierde en un juego ó apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente.

La Autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego ó en la apuesta sea escesiva, ó reducir la obligación en lo que escediere de los usos de un buen padre de familia.

No pueden estar en igual situación los efectos del juego prohibido y los del juego no prohibido, porque si bien de aquéllos no puede nacer acción para demandar lo que ilícitamente se ganó, de éstos han de desprenderse necesariamente los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato legal, de todo

Digitized by Google

acto legítimo, de toda convención que se produce entre personas capaces de obligarse con un objeto lícito y bajo una causa de obligar. Es decir, que en los primeros no nace ni puede nacer el *vinculum juris*, por cuanto la convención no es de las admitidas por la ley; mientras que en los segundos se crea ese vínculo de derecho y por lo tanto obliga á la satisfacción de lo perdido en un juego ó apuesta que la ley permita. Pero hay que tener en cuenta que en artículos ya citados de otros Códigos extranjeros, como lo son los arts. 1966 del de Francia, 1803 del de Italia, 1966 del de Bélgica, 1826 del de Holanda, y otros, se faculta á los Tribunales para desechar las demandas reclamando débitos por tales apuestas ó juegos permitidos, cuando la suma parezca excesiva; y esto que viene á consignarse en aquellos Códigos extranjeros como excepción á la regla sentada en el artículo anterior, en nuestro Código se ostenta también en el artículo que al presente comentamos como una verdadera excepción de la regla que en el primer párrafo prescribe que el que pierde en un juego ó apuesta de los no prohibidos, queda obligado civilmente: pues en efecto, hay cosas que aun siendo lícitas en sí y proporcionando una simple distracción, si se extreman, lejos de ver en ellas un atractivo, hay que mirarlas como un medio de especulación no admitido por la moral ni por las leyes positivas: y para evitar que el juego consentido como un mero esparcimiento que nada tenga de odioso ni ilícito se convierta en una grosera y artificiosa especulación que lleve tras sí todo género de abusos y peligros á la vez que la intranquilidad á las familias, la ley, sábia siempre, viene á determinar en el artículo que nos ocupa, que las autoridades judiciales en su prudente arbitrio pesen y midan concienzudamente lo excesivo de sus consecuencias y reduzcan ó anulen las obligaciones que nacer pudieran de juegos ó apuestas no prohibidos por la ley, para lo cual podrán tener muy en cuenta los reglamentos que las autoridades administrativas suelen dar en casi todos los países civilizados al efecto de señalar un límite á esa exposición y peligro de fortunas que se arrancan á las familias, bajo el pretexto de satisfacer débitos contraídos en juegos no prohibidos por la ley.

Precedentes encontramos en la ley 3.ª, tít. 43, lib. 3.º del Código Justinianeo, en la cual se fijó la cantidad de la apuesta para los juegos permitidos en un *solidus*, así como también en la ley 15, tít. 23, lib. 12 de la Novísima Recopilación, que permitía como máximum el tanto de *un real de vellón*, y *treinta ducados*, ó sean 82 pesetas 50 céntimos, por la totalidad de lo que se atravesase en dicho juego.

El Proyecto de 1851, en su art. 1701, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los últimos apartados de los artículos de los Códigos anteriormente citados.

Digitized by Google

CAPITULO IV.

De la renta vitalicia.

Art. 1802. El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor á pagar una pensión ó rédito anual durante la vida de una ó mas personas determinadas por un capital en bienes muebles ó inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.

Al empezar el capitulo 4.° á ocuparse de la renta vitalicia viénenos determinando en qué consiste esa renta vitalicia aunque no en forma de verdadera definición; y efectivamente la constitución de la renta vitalicia es un contrato aleatorio, un censo de por vida en virtud del cual el deudor queda obligado á pagar una pensión ó rédito anual durante la vida de una ó más personas determinadas por un capital en bienes muebles ó inmuebles cuyo dominio se le transfiere desde luego al propio tiempo que la carga de la pensión que con la muerte del pensionista queda extinguida.

La renta vitalicia constituida en donación ó última voluntad, tiene mucho de laudable, porque es un acto de pura liberalidad y beneficencia; mas constituida en contrato presenta caracteres tan estraños y opiniones tan extremadas, contrastes tan singulares, y causas tan especiales, ya en sus combinaciones, ya en sus efectos, que bien meditado no se puede inclinar el ánimo ni en su interés, ni en su contra; pues hay contratos en los que se constituye la renta vitalicia que excitan á los contrayentes y á cuantos los conocen verdadero interés, mientras otros contratos en los que tal renta se establece no pueden menos de dar lugar á la más espontánea y acre indignación entre las personas de sana conciencia. Pero esto depende de las circunstancias, de la situación de las personas que en dichos contratos convienen, y de una porción de concausas que vedan penetrar con el escalpelo de la crítica en los principios generales que informar deben dichos contratos, aunque conformes estuvieran en el casuismo de sus consecuencias.

Por esto el legislador que debería proscribir las rentas vitalicias si su uso fuera siempre injusto y peligroso, no puede menos de sostenerlas, porque á veces casi siempre son útiles y necesarias, pues sirven en lo general para aliviar los sufrimientos de la humanidad y reparar los agravios é injusticias que el infortunio en muchos individuos ha ocasionado.

El Proyecto de 1851, en su art. 1703, propuso un precepto análogo, que en

Digitized by Google

relación está con los arts. 416 y 431 del Código de Comercio, viéndose anteriormente algunas disposiciones de carácter semejante en el Real decreto de 1.º de Noviembre de 1788.

Concuerda con los arts. 1968 y 1969 del Código de Francia, 1789 y 1790 del de Italia, 607 y 608 del de Prusia en la parte primera del tit. 11, 1812 del de Holanda, 1284 y 1285 del de Austria, 1451 del de Vaud, 2143 del del Uruguay, 2264 del de Chile, 2172 del de Veracruz-Llave, 2070 del de la República Argentina, 2911 del de México, 2783 del de la Baja California y 2911 del de Campeche.

Art. 1803. Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero ó sobre la de varias personas.

También puede constituirse á favor de aquella ó aquellas personas sobre cuya vida se otorga, ó á favor de otra ú otras personas distintas.

Lo más frecuente en la renta vitalicia es constituirla sobre la existencia de aquel que la adquiere y paga su precio, y como consecuencia natural de su objeto es inherente á la vida misma del que debe percibir dicha renta. Puede sin embargo, constituirse por una persona para gozarla la misma, sobre la existencia de otra que se presume menos frágil, sobre un tercero que no tenga derecho alguno á la renta mencionada y que hasta ignore la convención; y puede asimismo constituirse sobre muchas personas, bien para atribuir sucesivamente su goce á aquellos en cuya cabeza está constituida, bien para conservar su disfrute el mismo constituyente y sus herederos hasta la extinción de todas las personas que mantienen y prolongan su duración, sin que por esto puedan confundirse lo que preceptúa el artículo que comentamos, con la constitución de rentas perpétuas ó censos que solo pueden establecerse sobre bienes raíces, ni tampoco haya de considerarse idéntica á la renta que se constituye gratuitamente, bien entre vivos, bien por causa de muerte; pues esto determinaría ya una verdadera donación á plazo ó un legado en su caso á término.

Precedentes encontramos en la ley 6.ª, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación, si bien el artículo que de nuestro Código nos ocupa, es más claro y resuelve cuantas dudas se habían suscitado acerca de si podría constituirse la renta vitalicia sobre una sola vida, ó sobre dos ó más vidas como parece estaba prohibido por la citada ley recopilada.

El Proyecto de 1851, en su art. 1705, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 416 al 419 del Código de Comercio, muy especialmente con el art. 418 de dicho Código, en el que se preceptúa clara y terminantemente que podrá celebrarse este contrato de seguro

Digitized by Google

por la vida de un individuo ó de varios, sin exclusión de edad, condiciones, sexo ó estado de salud.

Concuerda con los arts. 1971 del Código de Francia, 1789 y 1790 del de Italia, 1971 al 1973 del de Bélgica, 612 y 614 del de Prusia en la parte primera de su tit. 11, 1284 del de Austria, 1813 al 1815 del de Holanda, 1454 al 1456 del de Vaud, 2147 del del Uruguay, 2265 y 2266 del de Chile, 2914 al 2916 del de México, 2077 del de la República Argentina, 2914 al 2916 del de Campeche, 2786 al 2788 del de la Baja California y 2174 del de Veracruz-Llave.

Art. 1804. Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta á la fecha del otorgamiento, ó que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue á causar su muerte dentro de los veinte dias siguientes á aquella fecha.

Es evidente el precepto que acaba de consignarse, y si tal sucediera no podria verdaderamente decirse que hubiera tal contrato aleatorio, puesto que éste se funda en una esperanza, depende de un evento incierto y no podria tener tales fundamentos si la persona sobre cuya vida se hubiere constituido hubiese fallecido al otorgamiento del contrato; pues repetimos, la base del contrato de renta vitalicia es la existencia de aquél en cuya cabeza se constituye; y no existiendo ya al tiempo de perfeccionarse el contrato, cae éste por su base y no puede ménos de ser nulo, puesto que falta la materia de riesgo, y ya hemos dicho que el riesgo ó la incertidumbre, es lo que forma la esencia de los contratos aleatorios.

Lo mismo debe suceder y sucede cuando el seguro se constituye sobre una persona que sufre una enfermedad grave ó á consecuencia de la cuál muere dentro de los veinte dias siguientes á la fecha del otorgamiento del contrato; pues una renta vitalicia constituida sobre un moribundo, no puede tener ningún valor, toda vez que nadie ignora que no puede haber verdadero consentimiento cuando hay error acerca de la cosa que forma la materia del contrato, ó relativamente á la calidad esencial de la misma.

El Proyecto de 1851, en su art. 1706, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 1974 y 1975 del Código de Francia, 1795 del de Italia, 1974 y 1975 del de Bélgica, 1816 del de Holanda, 2270 del de Chile, 2176 del de Veracruz-Llave, 1457 y 1458 del de Vaud, 2148 del del Uruguay; si bien éste señala el plazo de treinta dias para el caso de que se trate de un enfermo que hubiera fallecido á causa de la indisposición que le aquejaba cuando se otorgó el contrato, que es idéntico al de Chile; mientras el de Veracruz-Llave señala cuarenta dias; siendo de notar que el 2078 de la República Argentina, también fija el plazo los de los treinta dias caso de enfermedad de la que falleciere,

Digitized by Google

como los arts. 2919 y 2920 del de México, 2791 y 2792 del de la Baja California, 2919 y 2920 del de Campeche.

Art. 1805. La falta de pago de las pensiones vencidas no autotoriza al perceptor de la renta vitalicia á exigir el reembolso del capital ni á volver á entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho á reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

De seguirse extrictamente los principios que deben informar en esta clase de contratos, no cabia duda que el perceptor de la renta vitalicia sólo debe tener derecho á exigir ó reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras al deudor de dichas rentas, porque en este contrato una vez consumado, la sola negligencia en el pago de la renta ó la mora del deudor, no es una causa de rescisión, sino que tan solo da lugar á la acción procedente para compeler á la ejecución de un contrato ya perfecto que no puede extinguirse sino con la realización del acontecimiento de que depende y que le sirvió de base al constituirse; pues de otro modo no habria solidez en los contratos que se disolverian por la más ligera infracción de cualquiera de los contrayentes, y se haria pronunciar sin fundamento sólido la nulidad de un acto, cuando solo se tiene derecho para pedir su ejecución.

Por esto nos extraña que tratadistas respetables presenten como cuestión, si es permitido el pacto de que, no pagándose la renta vuelva al acreedor el capital ó fincas que se transmitieron al constituir la renta vitalicia, como base de la misma, pues consignado tan claramente como está el precepto que comentamos, no cabe duda que ni el perceptor de la renta vitalicia tiene otro derecho que el de reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras, ni podrá pactarse la rescisión del contrato ó sea el reembolso del capital, ó la reivindicación de la finca que se enajenó ó se trasmitió, y mucho ménos podia caber esta cuestión con lo que proponia el art. 1709 del Proyecto de 1851, pues allí se decia: «aun que se haya pactado lo contrario».

Precedentes encontramos en las leyes 11 párrafo 1.°, tit. 11, lib. 12 del Digesto, ley 57 de *regulis juris bona fides non patitur ut bis idem exigatur*, y aun en la ley 1.ª, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación, si bien en ésta se permite el pacto de que si la renta de un censo no se pagase en el plazo determinado, la finca cae en comiso; pero ya hemos dicho que por más que algunos llamen censo al contrato de renta vitalicia, éste ante el derecho moderno no tiene todos los caracteres de aquél.

Concuerda con los arts. 1978 del Código de Francia, 1797 del de Italia, 1978 del de Bélgica, 647 del de Prusia, 1461 del de Vaud, 1819 del de Holanda, 2152 y

Digitized by Google

2153 del del Uruguay, 2271 y 2272 del de Chile, 2088 del de la República Argentina, 2180 del de Veracruz-Llave, 2928 y 2924 del de México, 2795 y 2796 del de la Baja California y 2923 y 2924 del de Campeche; en todos los cuales se ve que el receptor ó pensionista en el caso de no habérsele pagado sus pensiones solo tiene derecho de ejecutar judicialmente al deudor por el pago de las rentas vencidas, no al reembolso del capital ó á la devolución de la cosa dada para constituir la renta, pudiendo además pedir el aseguramiento de las futuras.

Art. 1806. La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción á los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado á correr.

Es de buen sentido el precepto aquí consignado, y no necesita comentarios; mucho más cuando está en perfecta relación con lo prevenido en los artículos 474 y 475 de este mismo Código, en los que se trata de la percepción de los frutos civiles, rentas ó pensiones periódicas objeto del usufructo, y en los que se dijo ya lo conveniente.

El Proyecto de 1851, en su art. 1710, propuso un precepto análogo; y tanto los arts. 1980 del Código de Francia, 1799 del de Italia y 1980 del de Bélgica, como los arts. 1822 del de Holanda, 1463 del de Vaud, 2156 del del Uruguay, 2276 del de Chile, 2081 del de la República Argentina, 2926 del de México, 2898 del de la Baja California, 2926 del de Campeche y 2181 del de Veracruz-Llave guardan perfecta concordancia con el nuestro, pues todos ellos parten del supuesto que los réditos de una renta vitalicia nacen dia por dia, como todos los frutos civiles, y que el acreedor los adquiere á medida que nacen y en proporción á los dias que han corrido, no contándose el de la muerte del acreedor, porque el dia debe ser cumplido; si bien los Códigos de Francia y Bélgica especialmente admiten pactos de fijación del pago de la renta vitalicia.

Art. 1807. El que constituye á título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta á embargo por obligaciones del pensionista.

También se comprende fácilmente este precepto, porque quien lleva á cabo una liberalidad, puede efectuarla con las condiciones que tuviere por conveniente, mucho más cuando se han distinguido constantemente y con razón sobrada las rentas vitalicias creadas á título oneroso de las establecidas á título

Digitized by Google

gratuito por donación ó legado, reconociéndose ordinariamente que las primeras pueden ser embargadas por los acreedores del propietario, aun cuando se haya estipulado en el contrato que no puedan serlo, porque nadie puede privar á sus acreedores de hacerse pago con sus bienes; pero en las rentas vitalicias que se constituyen á título gratuito por donación ó legado, el testador ó donador puede ordenar válidamente que la renta vitalicia por él constituida graciosamente, no pueda ser embargada por ningún acreedor del legatario ó donatario.

El Proyecto de 1851, en su art. 1711, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 1981 del Código de Francia, 1800 del de Italia, 1981 del de Bélgica, 1823 del de Holanda, 1466 del de Vaud, 2076 del de la República Argentina, 2927 del de México, 2799 del de la Baja California, 2927 del de Campeche y 2182 del de Veracruz-Llave; en lo cual se ve cierta contradicción con lo que anteriormente hemos expuesto, pues en realidad las rentas vitalicias constituidas gratuitamente, más bien que esta clase de contratos aleatorios, constituyen verdaderas donaciones cuando se hacen entre vivos, y legados cuando se hacen por causa de muerte.

Art. 1808. No puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida.

Es tan de sindéresis este precepto, como que su redacción la creemos hasta innecesaria, y solo por dar las soluciones de todo género pensadas y resueltas, ha debido ocuparse de esto el legislador porque á la verdad, tratándose como se trata en este capítulo 4.º de la renta vitalicia, es lógico y de común sentido que ésta no se debe sino mientras existe la persona en quien ha sido constituida: por ello es preciso probar su existencia, y quien pide su pago, es quien debe demostrar su fe de vida, *actori incumbit probatio.*

El Proyecto de 1851, en su art. 1712, propuso un precepto idéntico al que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts 32, 195 y 1214 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1983 del Código de Francia, 2275 del de Chile, 1983 del de Bélgica, 2154 del del Uruguay, 1824 del de Holanda, 1466 del de Vaud, 2022 del de la República Argentina, 2932 del de México, 2804 del de la Baja California, 2932 del de Campeche, 2183 del de Veracruz-Llave, y otros; como el 621 del de Prusia en la 1.ª parte de su tit. 11, en el que se prescribe, que: «Si el que paga la renta vitalicia ha causado la muerte del acreedor, ó de aquel en cuya cabeza había sido constituida, debe devolver el capital á sus herederos»; lo cual no deja de ser un justo cástigo á tan repugnante crimen, previsto ya en la 134 de las reglas de derecho, *nemo ex suo delicto meliorem conditionem suam facere potest;* razón por la cual, se excluye de la herencia del muerto á su homicida.

Digitized by Google

TÍTULO XIII.

De las transacciones y compromisos.

CAPITULO PRIMERO.

De las transacciones.

Art. 1809. La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito ó ponen término al que habia comenzado.

Entramos en el tit. 13 á tratar de las transacciones y compromisos, contratos de los cuales apenas hay Código extranjero que se ocupe, circunscribiéndose á legislar acerca de las transacciones de una manera que no guarda conformidad en la mayor parte de los paises.

Medio fácil y expedito de dirimir la contienda suscitada entre particulares ha sido siempre la transacción, pero nuestra antigua legislación habiase ocupado poco de regular este contrato y darle el desenvolvimiento que su importancia exigia. Algunas leyes de Partida, diseminadas en distintos títulos, trataron de la transacción, y muy especialmente la ley 34, tit. 14, Partida 5.ª, en la que más analogía vemos con el art. 1809, primero de este tit. 13, que de nuestro Código comentamos.

Esto, no obstante, la práctica vino á suplir la deficiencia de la ley, y ante el silencio de ésta, no hubo otro remedio, para atender á las necesidades de esa constante evolución que en la vida del derecho se opera, que tener en cuenta las opiniones de los jurisconsultos y la jurisprudencia de los Tribunales, traducidas en máximas ó aforismos que han dado la norma del derecho y han sido reconocidas en la mayor parte de los pueblos, incluyéndolas algunos entre los preceptos de sus Código. Y aquí se ve el fenómeno que tantas veces hemos indicado, la ley positiva tomando de la naturaleza y de los hechos repetidos como buenos, las reglas que, eregidas en prescripciones, determinan de una manera obligada el derrotero que ha de seguirse al decidir ciertas controversias judiciales.

El contrato de transacción es un convenio sobre cosas dudosas, que

Digitized by Google

verificarse antes ó después de haberse promovido pleito acerca de ellas. Es, mejor dicho, la relación jurídica que se establece entre dos ó más personas que se consideran con derecho á una cosa para, en su virtud, antes de comenzar litigio ó después de comenzado, determinar bien por sí, bien por medio de terceras personas cuanto conveniente pueda ser á sus respectivas pretensiones, cediendo proporcionalmente, en obviación de pleitos ruinosos, todos ellos parte de sus derechos para llegar á un acuerdo amistoso acerca del objeto ó derecho que cada uno cree corresponderle y sobre que versa la duda ó la discusión.

Tan indiscutible como manifiesta es su utilidad para las partes. Con las transacciones nadie pierde más que la curia. Los interesados en un asunto ganan más con una mediana transacción, que con el mejor de los resultados de un pleito llevado por todos sus trámites hasta definitiva sentencia, porque los disgustos, las odiosidades y los gastos que éstos proporcionan, no se compensan con cosa alguna, ni aun con el más justo y favorable fallo.

La transacción no solo resuelve las diferencias surgidas entre dos personas, sino que dignifica bajo diversos conceptos, pues no sólo induce á las partes á ceder algo de sus respectivos derechos, como antes hemos dicho, dando un ejemplo de laudable condescendencia y cordura; sino que se erigen por ella los interesados en árbitros de la cuestión litigiosa, asumiendo todas las facultades del juzgador, personificando en ellos la sensatez y aplomo que requiere la más alta de las funciones sociales, la administración de justicia.

Precedentes encontramos en las leyes 38, tit. 4.°, lib. 2.° del Código romano; en la 1.ª, tit. 15 del lib. 2.° del Digesto, y en la ya citada de Partida.

El Proyecto de 1851, en su art. 1713, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 1254 y 1261 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2044 del Código de Francia en su primer apartado, 1764 del de Italia, 2044 del de Bélgica en su primera parte; 2061 del de Bolivia, 405 del de Prusia en la sección 8.ª, tit. 16; 1380 del de Austria, 1888 del de Holanda en su primer apartado; 3038 del de la Luisiana, 1829 del de Guatemala en su primer apartado; 2108 del del Uruguay en su apartado primero; primer apartado del art. 2446 del de Chile; 832 del de la República Argentina; 1710 del de Portugal; 3291 del de México, 3151 del de la Baja California, 3291 del de Campeche, 2184 del de Veracruz-Llave, y otros; siendo de observar que el de Veracruz le llama contrato gratuito como el Proyecto de 1851; que los tres anteriores, preceptuan que la transacción es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo ó reteniendo algo, terminan una controversia presente ó previenen una futura. Otros, como el de Guatemala, dicen que, «es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente ó precaven un litigio eventual». Mientras el Argentino, expresa, que «es un acto jurídico bilateral, por el cual, las partes, haciéndose

Digitized by Google

concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas ó dudosas». Y los de Italia, Francia, Bélgica y Holanda, previenen que, «la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo ó reteniendo alguna cosa, terminan un litigio ya empezado, ó evitan una cuestión que pudiera surgir».

Art. 1810. El tutor no puede transigir sobre los derechos de las personas que tiene en guarda sino en la forma prescrita en el núm. 12 del art. 269 y en el art. 274 del presente Código.

El padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial.

Contiene este artículo dos preceptos que parece se dirigen á un mismo fin, el uno relativo á la transacción hecha por un tutor respecto á la persona que tiene en guarda; y el otro con relación á las transacciones que el padre ó la madre en sus respectivos casos pueden hacer respecto de los bienes y derechos del hijo que tienen bajo su potestad; por consiguiente ambos preceptos comprendidos en los dos párrafos que este artículo contiene, tienden á establecer las reglas necesarias para llevar á efecto la transacción de bienes ó derechos correspondientes á personas que por sí mismas no pueden transigir: y refiriéndose al tutor el Código previene perfectamente en el artículo que comentamos, que necesita autorización del consejo de familia para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor ó incapacitado estuviere interesado, como preceptúa el núm. 12 del art. 269 de este mismo Código, pidiendo dicha autorización por escrito en la forma que prescribe el art. 274 del referido Código.

En cambio el legislador teniendo mas confianza en el interés que por sus hijos han de demostrar los padres, les faculta para transigir sobre sus bienes y derechos mientras los tuvieren bajo su patria potestad, si bien cuando el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediere de 2000 pesetas, se hace indispensable la aprobación judicial, conforme ya se prevenia en el art. 2038 de la ley de Enjuiciamiento civil; pues como la transacción es una especie de enajenación, no puede celebrarse tal contrato por los que no tienen capacidad para enajenar, y encontrándose en este caso los impúberes, los menores, los alienados, los procuradores de negocios á quienes sus principales no les hubieran dado poder especial, los ayuntamientos y demás corporaciones públicas que no cumplen préviamente con las solemnidades prescritas en las leyes y reglamentos, dicho se está que necesariamente tenia nuestro Código que dictar un precepto como el que nos ocupa.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 46, párrafo 5.°, tit. 7.°, lib. 26 del Digesto; 14.ª, párrafo 1.°, tit. 3.°, lib. 46 del Digesto; 25 y 27, tit. 37, lib. 5.° del Código Romano, y párrafo 2.°, tit. 8.°, lib 2.° de la Instituta. Es más, si mal no recordamos, en 28 Agosto de 1876 publicóse un decreto en el que se daban ciertas reglas sobre la transacción de bienes de menores, cuyo decreto quedó sin efecto desde el momento en que sus principios fueron trasladados á la ley de Enjuiciamiento civil hoy vigente y ampliados en forma tal que hoy no pueden dar lugar á duda; pues teniendo como tienen aquellos un doble carácter sustantivo y adjetivo, y encontrándose en perfecta relación con el art. 1810 que al presente comentamos, basta para comprenderlos la lectura de la expresada ley en sus aludidos arts. 225 al 290, que en relación están con la regla 23 del art. 68 y con el art. 212 de dicha ley; hallándose también relacionado el precepto que nos ocupa con los arts. 155, 159, 164 y 285 además de los ya citados de este mismo Código; y debiendo también tenerse en cuenta que el art. 1464 de aquella ley de enjuiciar comprende la transacción entre las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo.

El Proyecto de 1851, en su art. 1716, propuso un precepto análogo; y concuerda con los arts. 2045 del Código de Francia, 841 en sus números 5 y 6 del de la República Argentina, 2064 del de Bolivia, 3049 del de la Luisiana, 2111 del del Uruguay, 2045 del de Bélgica, 1843 y 1845 del de Guatemala, 2447 y 2448 del de Chile, 2186 y 2187 del de Veracruz-Llave, 3295 y 3296 del de México, 3155 y 3156 del de la Baja California y 3295 y 3296 del de Campeche.

Art. 1811. Ni el marido ni la mujer pueden transigir sobre los bienes y derechos dotales sino en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos ú obligarlos.

Es de buen sentido el precepto que nos ocupa, y conforme está con lo prevenido en el art. 1361 de este mismo Código y con los arts. 188 y 189 de la ley hipotecaria.

El Proyecto de 1851, en su art. 1716, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 2112 del Código del Uruguay, 3297 del de México, 3157 del de la Baja California, 3297 del de Campeche, 2188 del de Veracruz-Llave, 1889 del de Holanda en sus dos primeros apartados, y otros.

Art. 1812. Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.

Ya indicamos algo sobre este particular al comentar el art. 1810, y como la administración y enajenación de los bienes de los Ayuntamientos y demás

Digitized by Google

corporaciones públicas se rigen por leyes especiales puramente administrativas, de aquí el que el legislador se haya visto precisado á prescribir lo que este artículo preceptúa acerca de la transacción sobre los bienes y derechos de las mencionadas corporaciones.

Precedentes encontramos en la ley 12.ª, tit. 4.°, lib. 2.° del Código Romano, en la que se permitia á los administradores ó síndicos de las ciudades transigir á nombre de éstas, pero reservando al presidente ó Jefe de la provincia dejar sin efecto tales transacciones si fueren hechas en daño de dichas ciudades.

El Proyecto de 1851, en su art. 1717, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 35 y 38 de este mismo Código y con la regla 3.ª del art. 85 de la ley municipal vigente.

Concuerda con el último apartado del art. 2045 del Código de Francia; con el número 3.° del art. 841 del Código Argentino; con el apartado tercero del artículo 1889 del de Holanda, 1841 y 1842 del de Guatemala, 2113 del del Uruguay, 2189 del de Veracruz Llave, 3298 del de México, 3158 del de la Baja California y 3298 del de Campeche.

Objeto de varias decisiones ha sido la materia á que el art. 1812 que comentamos se refiere, entre ellas la sentencia del Consejo de Estado de 12 de Octubre de 1859, los Reales Decretos de 16 de Noviembre y 30 de Septiembre de 1859, 17 de Junio de 1879, 28 de Octubre de 1880, 4 de Enero de 1883, 4 de Julio de 1885, 12 de Octubre de 1888, 16 de Febrero de 1889 y otras varias notabilísimas, que no se consignan aquí por no dar demasiada extensión á esta obra, y en las que se sentaba que la competencia para decidir estas cuestiones era exclusivamente de la Administración cuando no se tratase de declarar si con una obra pública se habian lesionado derechos civiles de terceras personas; pero no podemos menos de llamar la atención de la resolución (R. D.) de 24 de Febrero de 1890, en la que se establece que es de la competencia de los Tribunales ordinarios el conocimiento de la demanda entablada por un particular contra el municipio por haber faltado éste á una transacción que, para evitar litigios, concertó con el dueño de una casa contigua á la Consistorial de dicho municipio (Espinosa de los Monteros), pues es digna de estudio bajo todos conceptos, y perfectamente pertinente al caso que nos ocupa.

Art. 1813. Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.

Evidente es que en los delitos públicos, todo lo relativo á la vindicta pública, es independiente de la voluntad de las personas perjudicadas; pero como de cada delito no solo nace una acción penal, sino también una acción civil, por

Digitized by Google

pecto de éstas todos los Códigos están conformes en que cabe la transacción, sin que por ello se extinga la acción pública para la imposición de la pena legal; porque en la generación del delito se ve, desde que se esteriorize, una perturbación social además del daño particular que produce; y en cuanto á éste es donde cabe la transacción, porque las consecuencias del delito se dividen en las dos partes que dejamos indicadas, el daño individual del agredido, y el mal moral ó social que en si mismo lleva el delito.

Precedentes encontramos en las leyes 18.ª, tit. 4.°, lib. 2.° del Código romano; 7.ª, tit. 15, lib. 47 del Digesto; 1.ª, tit. 21, lib 48 del mismo Digesto, y 22 tit. 1.°, Part. 6.ª; haciéndose en ella excepciones de los delitos privados, como son el adulterio, etc., etc.; lo cual está conforme con nuestro Código, pues se refiere exclusivamente á los delitos públicos, porque en cuanto á los privados es evidente que la transacción cabe bajo las dos acepciones ó concepto civil y penal que los mismos entrañan.

El Proyecto de 1851, en su art. 1719, propuso un precepto análogo al que nos ocupa que en relación está con el 1180 de este mismo Código, y con los artículos 132 y 135 del Código penal.

Concuerda con los arts. 2046 del Código de Francia, 1766 del de Italia, 2046 del de Bélgica, 2065 del de Bolivia, 1890 del de Holanda, 1837 del de Guatemala, 2114 del del Uruguay, 2449 del de Chile, 842 del de la República Argentina, 2190 del de Veracruz-Llave, 1717 del de Portugal, 3299 del de México, 3159 del de la Baja California, 3299 del de Campeche y otros.

Art. 1814. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.

También es inconcuso que no cabe la transacción sobre el estado civil de las personas, porque esto es de orden público, y la condición en que el ciudadano vive dentro la sociedad, no interesa solo al ciudadano con quien se litiga sino al derecho social mismo; y así lo venian determinando varias sentencias de los Tribunales españoles y extranjeros, entre las cuales es digna de señalarse la de 9 Mayo de 1864 dictada por el Tribunal de casación francés; pero si puede transigirse sobre el interés pecuniario que nace del estado reclamado muy especialmente cuando se trata de los derechos que tienen á la herencia de sus padres el hijo natural y los legítimos, pues estos bien pueden transigir acerca de la cantidad que crean oportuno conceder al que como hijo natural de sus padres demanda una parte de la herencia: teniendo el mismo fundamento la prohibición que contiene este Código para transigir sobre las cuestiones matrimoniales y sobre alimentos futuros, pues el orden social está interesado en que

Digitized by Google

no se contrarie el matrimonio de modo que se impida ó resuelva su celebración é inmoral sería cualquier transacción en este sentido, como extremadamente moral había de ser, y había de dar los mejores resultados, la transacción sobre causas matrimoniales en modo favorable á los mismos.

Precedentes encontramos en las leyes 24, tit. 4.°, Part. 3.ª; 8.ª, párrafo 2.°, tit. 15, lib. 2.° del Digesto.

El Proyecto de 1851, en sus arts. 1720 y 1721, propuso preceptos análogos, que en relación están con los arts. 142 y 151 de este mismo Código respecto de los alimentos, acerca de los que se prohibe también en nuestro Código la transacción, como se prohibió en las leyes romanas, sin tener en cuenta que tal prohibición puede hacerse ilusoria porque pueden remitirse gratuitamente los alimentos, aun los dejados por manda ó legado, de la misma manera que puede no admitirse ésta haciéndose realmente una remisión simulada.

Concuerda con los arts. 843 y 845 del Código de la República Argentina, 1382 del de Austria, 1847 del de Guatemala, 2115 y 2116 del del Uruguay, 2191 y 2192 del de Veracruz-Llave. 2450 y 2451 del de Chile, 3300 y núm. 4.° del 3362 del de México, 3160 y núm. 5.° del 3162 del de la Baja California, y 3300 y núm. 4.° del 3302 del de Campeche.

Art. 1815. La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, ó que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma.

La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaido la transacción.

Si lo litigioso es determinado, no puede menos de serlo el objeto de la transacción, y esta disposición ha de regir necesariamente aun cuando la transacción se considere general, pues ni el pacto general puede llevarse á lo ignorado, ni para terminar cuestiones puede hacerse de otro modo, pues hace el efecto de una sentencia, y ésta para ser buena ha de resolver todos los puntos que fueron objeto de discusión judicial.

Y en cuanto á la renuncia, por más general que sean sus términos, tiene que seguir la naturaleza de la transacción á que va unida, y ha de entenderse limitada á los mismos objetos ó diferencias.

Precedentes: del primer apartado del art. 1815, que nos ocupa, vemos en las leyes 5.ª y 9.ª, párrafo 1.°, tit. 15; y 35, tit. 14, lib. 2.° del Digesto; siendo el segundo apartado del que comentamos una consecuencia de lo que el primero prescribe.

Digitized by Google

Transactio quæcumque sit, de lui tantum, de quibus inter convenientes placuit interposita creditur.

El Proyecto de 1851, en su art. 1725, propuso preceptos idénticos a los del art. 1815 que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los artículos 1281 al 1289 del mismo, pues en éstos se exponen las reglas necesarias para hacerlas aplicables á la verdadera interpretación de la inducción necesaria de las palabras de la transacción, que en el primer apartado del art. 1815 que nos ocupa encontramos.

Concordancias vemos en los arts. 2048 y 2049 del Código de Francia, 1768 y 1769 del de Italia, 2048 y 2049 del de Bélgica, 2068 del de Bolivia, 1398 del de Austria; 426 del de Prusia, en su sección 8.ª, tit. 16, Part. 1.ª; 1891 y 1892 del de Holanda, 3040 y 3041 del de la Luisiana, 1838 del de Guatemala, 2120 del del Uruguay, 2461 y 2462 del de Chile, 2196 del de Veracruz-Llave; 835 y 850, en su primera parte, del de la República Argentina; 3306 y 3307 del de México, 3166 y 3167 del de la Baja California, 3306 y 3307 del de Campeche y otros, en la mayoría de los cuales, vemos se sostiene la idea de que las transacciones deben concretarse á su objeto, interpretándose en sentido restrictivo, sin que regulen más que las diferencias, respecto de las cuales, los contratantes hayan tenido en realidad intención de transigir, ya sea esta intención expresamente expuesta, ya se reconozca como una consecuencia ineludible y necesaria de lo que se haya expresado, sin que la renuncia general de derechos se extienda á otros que á los que tienen relación con el objeto sobre que se transije.

Art. 1816. La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

Teniendo como tiene la transacción por objeto el arreglar diferencias y pleitos presentes ó futuros, es como antes hemos indicado, hasta cierto punto, una sentencia pronunciada por las mismas partes, y cuando ellas se han hecho justicia ó han resuelto ciertas dudas, no deben de ser admitidas á quejarse de sí mismas; no solo porque seria lo contrario poco serio, sino porque nada podria considerarse estable, ni la transacción de tan absurdo modo considerada, produciria otra cosa que un sensible semillero de disgustos y pleitos, mientras que la firmeza é irrevocabilidad de las transacciones, es lo que las eleva á la más alta consideración y las coloca entre los contratos más útiles, social é individualmente considerados, pues lleva el orden á la sociedad, creando hábitos de tolerancia, y la tranquilidad á las familias, en las que se hubiere introducido ó estuviere abocada á introducirse la hidra de los litigios.

En todos los Códigos encontramos el principio de que la transacción tiene

Digitized by Google

para los contratantes la autoridad de cosa juzgada, por la razón de que su objeto es establecer, sentar, dilucidar derechos que eran dudosos, acabar pleitos ruinosos y dar resolución á las cuestiones fijando las cosas de modo conveniente á las partes.

Precedentes encontramos en la ley 20, tit. 4.°, lib. 2.° del Código romano, y en la ley 34, tit. 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1726, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, y varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 30 Abril de 1862, sentaron idéntica doctrina.

Concuerda con los arts. 2052 del Código de Francia, 1772 del de Italia, 2052 del de Bélgica, 1385 del de Austria, 2071 del de Bolivia, 3045 del de la Luisiana, 1895 del de Holanda, 1856 del de Guatemala, 2122 del del Uruguay, 2460 del de Chile, 850 del de la República Argentina, 1718 del de Portugal, 2197 del de Veracruz-Llave, 3309 del de México, 3169 del de la Baja California, 3309 del de Campeche y otros; y si bien algunos tratadistas de derecho ponen en duda si las transacciones como las sentencias pueden ser atacadas por vicios ó defectos, la mayor parte de los Códigos modernos sostienen que las transacciones pueden ser impugnadas por causa de lesión; y el art. 1772 del ya citado Código de Italia, en su segundo apartado, nos dice: que no podrán ser impugnadas por causa de error de derecho, ni por motivo de lesión, pero deberá rectificarse el error de cálculo; mientras que los de Francia y Bélgica previenen, que no podrán impugnarse por error de derecho ni por causa de lesión.

Art. 1817. La transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos, está sujeta á lo dispuesto en el art. 1265 de este Código.

Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho á la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

Viene este artículo á complementar el anterior y á terminar toda duda de las que anteriormente hemos dicho se han suscitado entre varios tratadistas de derecho.

Esto es sencillo y claro, sin mas que plantear la cuestión con sencillez. La transacción es un contrato como otro cualquiera; depende de la conjunción de dos ó más voluntades acerca de un mismo objeto ó punto de derecho determinado; y por lo tanto, necesario es que esa conjunción de voluntades sea cierta, expontánea y libre; por consiguiente, en las transacciones, como en los demás contratos donde se justifique hubo *error*, *dolo*, *violencia* ó *falsedad*, el consentimiento será nulo, porque faltan los requisitos indispensables antes indicados

Digitized by Google

para que pueda tener validez, puesto que no hay ni puede haber volición, expontaneidad, libertad, inteligencia, ni mucho menos la conjunción de voluntades que crea el consentimiento, donde hay dolo, donde hay error, donde la violencia domina, donde impera la falsedad.

Si en las operaciones aritméticas sobre los convenios que son el resultado de la transacción, hubo error, éste evidentemente sería contra la voluntad de las partes; y por lo mismo, no puede menos de ser reparable.

Si se contrata con una persona á nombre de otra y realmente no tiene poderes ni título alguno para representarla, tal transacción no puede ser válida, porque se efectuó bajo un supuesto falso. Si hay engaño ó violencia no hay consentimiento, ni el legislador puede apoyar tales delitos.

Precedentes encontramos en la ley 13, tít. 4.°, lib. 4.° del Código romano; 42.ª del mismo título y libro; 1.ª, párrafo 1.°, tít. 8.°, lib. 49 del Dig.; 19.ª, tít. 22, y 4.ª, tít. 26, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1727, proponía preceptos idénticos; lo cual no sucedía en la primera edición de este Código, en la que, el apartado 1.° del artículo que comentamos formaba un solo artículo, y el apartado 2.° del nuestro con el artículo siguiente formaba el art. 1818; pero lo más lógico y racional es presentar este art. 1817 tal cual aparece en esta segunda edición, pues en él se repite la regla general para todos los contratos sentada cuando en ellos hubiere error, dolo, violencia ó falsedad como primera parte, y en la segunda parte del mismo se excepcionan las transacciones hechas en pleito pendiente, porque lógico es suponer que ante la autoridad judicial sea más difícil, se cometan tales delitos y faltas; todo lo cual está conforme con los arts. 1265 y 1270 de este mismo Código, con la doctrina sentada en diferentes sentencias, entre ellas la de 30 Abril de 1862.

Concuerda con los arts. 2053 al 2055 del Código de Francia, 1773 al 1775 del de Italia; 2053 al 2055 del de Bélgica; 857, 858 y 861 del de la República Argentina y otros.

Art. 1818. El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular ó rescindir la transacción, si no ha habido mala fe.

Si, según hemos dicho anteriormente, la transacción tiene toda la autoridad de la cosa juzgada, como ésta no puede revocarse por instrumentos nuevamente encontrados, de aquí el que tampoco en la transacción el descubrimiento de unos documentos pueda ser causa de anularla ó rescindirla á no ser que hubiere habido mala fe; y si realmente ésta hubiera existido, se incurre en el caso de dolo, y por lo tanto, nula por sí misma es la transacción *quia non tam paciscitur, cuam decipitur.*

Digitized by Google

Precedentes vemos en las leyes 19.ª, tit. 4.°, lib. 2.° del Código romano; 4.ª, tit. 52, lib. 7.° de dicho Código; 19.ª, tit. 22, Part. 3.ª; 9.ª, párráfo 2.° tit. 15, libro 2.° del Digesto; 65.ª, párrafo 1.°, tit. 6.°, lib. 12 del mismo Digesto, y 34.ª, tit. 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1528, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 2057 del Código de Francia, 1777 del de Italia, 2057 del de Bélgica, 1720 del de Portugal, 1387 del de Austria, 1900 del de Holanda, 3050 del de la Luisiana, 2096 del Sardo, 2124 del del Uruguay, que es igual al nuestro, 2459 del de Chile, en su apartado segundo; 859 del de la República Argentina, 2203 del de Veracruz-Llave, del cual es copia literal el nuestro; 3315 del de México, 3175 del de la Baja California y 3315 del de Campeche; debiendo hacer presente que estos tres últimos Códigos son idénticos en esta parte al nuestro, si bien al excepcionar la mala fe, la suponen en una de las partes por haber conocido los títulos y haberlos ocultado; mientras que el art. 859 del Código argentino, separándose de los anteriormente expuestos y principalmente del de Austria, que es enteramente igual al nuestro, previene que la transacción puede ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo noticia al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso; lo cual parece indicar que se refiere exclusivamente á los casos de mala fé; y los Códigos de Francia, Bélgica, Holanda é Italia, en sus artículos ya citados, no se circunscriben como el nuestro y la mayor parte de los Códigos modernos á una negativa, salvando la excepción de mala fe, sino que preceptúan que cuando las partes hayan transigido en términos generales para todos los negocios que pueden tener juntos, los títulos que entonces les sean desconocidos y que posteriormente descubran, no podrán ser motivo de rescisión, á no ser que estos títulos se hayan retenido por una de las partes. Pero sería nula la transacción si no teniendo mas que un solo punto discutible, se demostrare por los títulos nuevamente descubiertos que una de las partes no tenía ningún derecho.

Art. 1819. Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción.

La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción.

Como el objeto de la transacción es terminar los pleitos, necesariamente la transacción ha de recaer sobre un hecho dudoso ó litigioso, y si la sentencia está dictada, evidente es que no hay duda ni litigio, ya porque todo falle en

Digitized by Google

solo concluye el litigio, sino que resuelve y decide las dudas que al mismo dieron lugar: además como que el primer apartado del artículo que comentamos se refiere al caso en que la parte que pida la rescisión ignorase la existencia de la sentencia ejecutoria, es inconcuso que habria error de las partes sobre el objeto mismo de la transacción, y por la otra parte, existiria un verdadero dolo, que causa eficiente de la nulidad de dicha transacción habia de ser necesariamente.

Pero este artículo tiene un segundo apartado, y es el que se refiere á que la ignorancia de una sentencia que admita revocación no es causa para atacar la transacción, porque aprovechando los recursos legales, la duda que podia haber dado lugar al litigio no se ha consentido como resuelta, y bien pudiera suceder que la decisión del recurso definitivo diera otro desenlace á la cuestión litigiosa.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, tit. 15, lib. 2.°; 23, tit. 6.°, lib. 12 del Digesto; 32, tit. 4.°, lib. 2.° del Código, y 7.ª, párrafo 13, tit. 14, lib. 2.° del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1729, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 2056 del Código de Francia, 1756 del de Italia, 1899 del de Holanda, 3049 del de la Luisiana, 2095 del Sardo, 1852 del de Guatemala en su núm. 5.°, 2455 del de Chile, 2125 del del Uruguay, 2204 del de Veracruz-Llave, 860 del de la República Argentina, 3316 y 3317 del de México, 3176 y 3177 del de la Baja California y 3316 y 3317 del de Campeche.

CAPITULO II.

De los compromisos.

Art. 1820. Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.

Expuesto ya lo procedente respecto de la transacción no hemos de ver preceptos nuevos en este Código para los compromisos, pues este capítulo segundo ha de ser indudablemente de referencia al anterior; por esto aun cuando existen algunas diferencias entre uno y otro contrato, existiendo también entre ellos muchos puntos de afinidad, no puede menos de regir los mismos principios para las relaciones jurídicas análogas que se establecen, tanto con las transacciones como con los compromisos.

Precedentes encontramos en las leyes 27, párrafo 5.°, tit. 8.ª, lib. 4.° del Digesto; 25, tit. 4.°, Part. 3.ª; y 4.ª, tit. 17, lib. 11 de la Novísima Recopilación.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1730, propuso un precepto análogo al que comentamos, que alguna relación tiene con el art. 1263 de este mismo Código, y con los arts. 790 al 839 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues en estos, bajo dos secciones se trata del juicio arbitral, del de amigables componedores, y de la tramitación que ambos deben seguir, señalándose muy especialmente en el art. 790 con relación al 487 de dicha ley las personas que pueden nombrar jueces árbitros, y en el art. 827 las que pueden nombrar amigables componedores.

No estamos conformes en lo que el Sr. Goyena expuso acerca de las contradicciones que nota entre nuestro derecho y los arts. 1003 y 1004 de la ley de Procedimiento civil de Francia, pues realmente solo se ven en aquellos artículos una regla general y unas excepciones que corresponden perfectamente á los principios sentados, y excepciones expuestas en el capítulo anterior de nuestro Código relativas á las transacciones á las que nos referimos en este capítulo, y muy especialmente á los arts. 1814 y 1815, que son los que concuerdan con los arts. 1720, 1721 y 1725 del Proyecto del 51 de referencia al que al presente comentamos; tanto más, cuanto que en el artículo siguiente, ó sea en el 1821, se preceptúa en su primer apartado de un modo claro y terminante, que lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones, es aplicable á los compromisos.

Concuerda el artículo que comentamos con el art. 2205 del Código de Veracruz-Llave que es igual á nuestro precepto.

Art. 1821. Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable á los compromisos.

En cuanto al modo de proceder en los compromisos y á la extensión y efectos de éstos, se estará á lo que determina la Ley de Enjuiciamiento civil.

Después de lo dicho en el anterior comentario, nada más debemos exponer aquí, pues sería repetir lo expuesto anteriormente sobre todo acerca del primer apartado; y en cuanto al segundo es también de buen sentido que el procedimiento en los compromisos ha de sujetarse á lo que previene la Ley de Enjuiciamiento civil en su título 5.º del libro 2.º, ó sea en los arts. 790 al 839 ya citados.

El Proyecto de 1851, en sus arts. 1731 y 1732, propuso preceptos análogos, concordando el que nos ocupa con los 2206 y 2207 del Código de Veracruz-Llave.

Digitized by Google

TÍTULO XIV.

De la fianza.

CAPITULO PRIMERO.

De la naturaleza y extensión de la fianza.

Art. 1822. Por la fianza se obliga uno á pagar ó cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3.°, título 1.° de este libro.

Ocúpase este título 14 de la fianza, para entrar luego en el 15 á tratar de la prenda é hipoteca y anticresis, y trátase en este que ahora comenzamos de la fianza con tal método, que dividido en cuatro capítulos, dedica el primero al estudio de la naturaleza y extensión de la fianza, el segundo á sus efectos, el tercero á su extinción y el cuarto á la fianza legal y judicial, dividiendo el capítulo segundo, para mayor claridad, en tres secciones; la primera dedicada á los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, la segunda que se ocupa de los efectos de la fianza entre el deudor y fiador y la tercera destinada á tratar de los efectos de la fianza entre cofiadores.

Hecho este cuadro general de la materia correspondiente á este título dedicado á la fianza, hemos de empezar el estudio del primer capítulo ó sea de la naturaleza y extensión de la fianza; y examinando en primer término el artículo 1822, con el que principia dicho título, hemos de decir que la fianza es la obligación de pagar ó cumplir por un tercero en caso de que éste no lo haga.

La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita ó á título oneroso, como veremos más adelante; y según se deduce del contenido del apartado segundo del artículo que comentamos, viene á sentarse por referencia una regla general sin excepción alguna, aunque la fianza y la mancomunidad vayan juntas en una misma escritura, como suelen ir frecuentemente.

El apartado segundo del artículo que nos ocupa es de pura referencia á la sección 4.ª, del cap. 3.°, tít. 1.° de este libro de nuestro Código, cuya sección trata simultáneamente de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias,

Digitized by Google

dedicándose extensamente á ellas en sus arts. 1137 al 1148, de los cuales muy especialmente corresponden del 1144 al 1148 al artículo que comentamos, y en relación están con el art. 439 del Código de Comercio.

Precedentes encontramos en el texto del tit. 21, lib. 3.° de la Instituta al principio, y en la ley 21.ª, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1731, propuso un precepto análogo, y concordancias vemos en los arts. 2011 y 2021 del Código de Francia, 1893 y 1907 del de Italia, 2011 y 2021 del de Bélgica, 818 del de Portugal, 2034 del de Bolivia, 200 y 283 del de Prusia en su parte 1.ª, tit. 14; 1347, 1355 y 1356 del de Austria, 1493 y 1503 del de Vaud, 304 y 314 del de la Luisiana, 1868 del de Holanda, 2218 y 2229 del de Guatemala, 2208 y 2209 del de Veracruz-Llave, 2063 del del Uruguay, 2335, párrafo 1.° del de Chile, 1986 y 2004 del de la República Argentina; 1813 del de México, 1700 del de la Baja California, 1813 del de Campeche y otros.

Art. 1823. La fianza puede ser convencional, legal ó judicial, gratuita ó á título oneroso.

Puede también constituirse, no sólo á favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste.

Ya hemos dicho anteriormente las clases de fianza que pueden constituirse que efectivamente son convencional, legal ó judicial, gratuita ó á título oneroso: de manera que las tres fuentes ó títulos de la fianza son la convención, la ley y el decreto judicial. En general la fianza es gratuita y un acto puramente benéfico, pero á veces el fiador estipula algún interés ó premio por el peligro ó responsabilidad á que se sujeta, mayormente si la fianza va acompañada de hipoteca.

Siendo la fianza un contrato de beneficencia y teniendo por objeto la garantía de la deuda, debe permitirse, según prescribe el párrafo 2.° de nuestro artículo, á cualquiera salir fiador, no sólo del deudor principal, sino al de otro fiador aun sin noticias de aquel por quien se obliga, pues ni debe presumirse que éste resista la ventaja gratuita que trata de proporcionársele, ni debe impedirse tampoco al acreedor que tome todas las seguridades posibles sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor, y en este caso el fiador que pagase podría repetir contra el deudor en virtud de la subrogación ó como gestor de negocios, con lo cual están conformes todos los Códigos extranjeros, si bien en el nuestro se ha adicionado el precepto con las frases «y aun contradiciéndolo éste», ó con prohibición, lo que hasta cierto punto está en disconformidad con lo prevenido en las leyes 6.ª, párrafo 1.°; 40.ª, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto y caso último de la 12.ª, tit. 12 Part. 5.ª, que niega al fiador en este caso el derecho de repetir contra el deudor.

Digitized by Google

Precedentas encontramos también en la ley 12.ª, tít. 12, Part. 5.ª, y en las leyes 6.ª, párrafo 2.º; 18.ª y 20.ª párrafo 1.º, tit. 1.º, lib. 17 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1734, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 441 y 442 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 1814 y 1815 del Código de México, 1701 y 1702 del de la Baja California, 1814 y 1815 del de Campeche, 2210 del de Veracruz-Llave, que son enteramente iguales al nuestro; 2014 del de Francia, 1901 del de Italia, 2014 del de Belgica, 1348 del de Austria, 3007 del de la Luisiana, 1860 del de Holanda, 1496 del de Vaud, 2063 en su apartado segundo, 2064 y 2065 del del Uruguay, 2235 párrafo 2.º y 2236 del de Chile, 1998 del de la República Argentina, 821 y 827 del de Portugal, y otros.

La fianza judicial que, como su nombre lo indica, es la que debe su existencia á un decreto del Juez, se halla regulada en las leyes adjetivas de procedimiento así civil como criminal, tratándose de ella en los arts. 534, 967. 1007, 1069, 1402, 1409, 1476 al 1478, 1618, 1672, 1786 y 1865 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y en los arts. 280, 281, 528 al 544, 589 al 616, 761 y 762 de la de Enjuiciamiento criminal.

Existen además varias disposiciones que regulan esa materia referente al desempeño de ciertos empleos ó cargos públicos: tales como la Instrucción de 23 Mayo y 15 Junio de 1845; R. O. 22 Junio de 1845, sobre plazo: R. O. 30 Marzo 1846, cancelación y devolución; R. O. 20 Agosto 1847, que fija la cuantía de la de los guarda almacenes de provincias de 2.ª y 3.ª clase; R. O. 9 Septiembre 1847, importancia de la de los administradores de fábricas de sal; R. O. 24 Agosto 1848 sobre presentación de fianzas en fincas por los administradores de loterías; R. O. 30 Abril 1850, en que se previene no se dé posesión del cargo sin que se acredite préviamente la correspondiente fianza; R O. 3 Julio 1850, fianzas de los empleados de Gobernecion; R. O. 29 Enero y 12 Febrero 1858, fianzas de los administradores de Rentas estancadas; Circular 25 Octubre 1859, prevenciones relativas al otorgamiento de las escrituras de fianzas; Circular 17 Septiembre 1860, admisión y devolución de los caudales y efectos de los empleados del ramo de estancadas; R. O. 28 Enero 1862, capitalización, fianzas en fincas urbanas; idem, en rentas forales; R. O. 8 Junio 1863, fianzas de administraciones subalternas de estancadas; R. O. 30 Septiembre 1863, fianzas de administradores de loterías; Circular 18 Octubre 1865, que los encargados de una administración mixta han de garantir préviamente con la fianza las rentas correspondientes á aquélla; R. O. 23 Octubre 1865, fianzas de los administradores de loterías; R. O. 5 Julio 1867, tipo á que los valores públicos son admisibles en garantía de contratos y en toda clase de fianzas; Ley de Hacienda pública 25 Junio 1870; R. O. 28 Julio 1871, fianzas por los administradores de estancadas; R. O. 6 Septiembre 1873, fianzas de los administradores depositarios de rentas de Partido; R. O. 22 Noviembre 1874, que la fianza prestada sirva para otro des-

Digitized by Google

tino que se haya obtenido; Circular 15 Junio 1875, que se distinga la fianza de los administradores de estancadas de las de Aduanas; R. D. 29 Agosto 1876, uniformando el tipo á que han de admitirse los valores públicos para las fianzas de los empleados ó de servicios públicos; R. O. 7 Abril 1877, fianzas de los administradores depositarios; Ley de presupuestos, 11 Julio 1877, art. 72, fianzas de destinos, sus clases; R. O. 15 Agosto 1877, fianzas de los directores especiales de sanidad marítima; R. O. 29 Enero 1878, ampliación de las fianzas de los administradores subalternos de rentas estancadas; R. O. 27 Marzo 1878, sobre el cumplimiento de lo previsto en el art. 72 de la ley de 11 Julio 1877, relativo á las fianzas de los funcionarios públicos, trámites para su constitución, y cancelación por el Tribunal de Cuentas ó por los Jefes económicos; R. O. 7 Mayo 1878, admitiendo por todo su valor nominal las obligaciones del Banco y del Tesoro en los afianzamientos á favor del Estado; R. O. 12 Marzo 1879, modificando el último párrafo de la prevención 3.ª de la de 27 Marzo 1878; R. O. 26 Marzo 1879, interés correspondiente á las fianzas constituidas en metálico; R. O. 29 Abril 1879, fianzas de los empleados subalternos de rentas estancadas, tercenistas y guarda almacenes; R. O. 28 Septiembre 1881, solo devengan intereses las fianzas otorgadas por los funcionarios á favor del Estado y para la seguridad de los fondos ó efectos que manejen ó custodien.

Art. 1824. La fianza no puede existir sin una obligación válida.

Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada á virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad.

Exceptúase de la disposición del párrafo anterior el caso de préstamo hecho al hijo de familia.

En cuanto al primer apartado de este artículo es de buen sentido, porque sin haber relación jurídica que obligue ó que cree un vínculo de derecho, no se ve la razón del afianzamiento ni la base de este contrato; y puede, por el contrario, recaer sobre una obligación que aparentemente sea válida, pero cuya reclamación puede hacerse en virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad; mas si la obligación principal es nula por causa de violencia, error, falta de solemnidades, etc., la fianza, que tiene aquí el carácter de obligación accesoria y subsidiaria, será también nula y carece de razón de ser.

La excepción á que se refiere el último apartado del artículo que comentamos, prohibiendo pueda recaer la fianza sobre una obligación nacida del préstamo hecho al hijo de familia, reconoce por origen la triste experiencia que

Digitized by Google

había hecho ver que abrumados los hijos de familia con las deudas que contraían para sostener sus vicios, atentaban envidiosamente contra la vida de sus padres, y por ello, tanto la Instituta en el párrafo 7.°, tit. 7.° de su lib. 4.°, como las leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tit. 1.° de la Part. 5.ª, prescribieron una disposición análoga á la comprendida en el final del artículo que comentamos; debiendo hacer presente que la fianza puede tener lugar aun en las obligaciones por delito, respecto de la pena pecuniaria.

Precedentes encontramos en el párrafo 1.°, tit. 21, lib. 3.° de la Instituta; leyes 1.ª y 8.ª, párrafo 6.°, tit. 1.°, lib. 46 del Digesto; ley 5.ª, tit. 12, Part. 5.ª, y ley 17, tit. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1735, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1263 y 1304 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2012 del Código de Francia, 1899 del de Italia, 2012 del de Bélgica, 251 y 254 del de Prusia en la parte primera de su título 14; 1351 y 1352 del de Austria, 1858 del de Holanda, 822 del de Portugal, 1494 del de Vaud, 3006 del de la Luisiana, 1994 del de la República Argentina, 1818 y 1819 del de México, 1705 y 1706 del de la Baja California, 1818 y 1819 del de Campeche y 2211 del de Veracruz-Llave.

Art. 1825. Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aun conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.

Sorprende á primera vista el precepto de este artículo, pero á poco que sobre el mismo se recapacite se comprenderá perfectamente su existencia, porque si en los contratos aleatorios el objeto de los mismos es una esperanza y se fundan generalmente en la incertidumbre, nada tiene de particular que para el aseguramiento de aquellos contratos se admita la prestación de fianza en tales condiciones, y se consienta la prestación de fianza en garantía de deudas futuras aun desconocidas, sin que pueda producir efecto tal contrato de fianza hasta que la deuda sea líquida.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, párrafo último; 57, tit. 1.°, lib. 46 del Digesto; 6.ª, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1736, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en el art. 8.ª, cap. 10, lib. 4.° del Código bávaro; párrafo 2.° del art. 2067 del del Uruguay, apartado 2.° del 2239 del de Chile, 1998 del de la República Argentina, 1821 del de México, 1706 del de la Baja California, 1821 del de Campeche, 2212 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1826. El fiador puede obligarse á menos, pero no á más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones.

Digitized by Google

Si se hubiera obligado á más, se reducirá su obligación á los límites de la del deudor.

Es de fácil comprensión que siendo la fianza lo subsidiario para la garantía de un contrato considerado como principal, no pueda traspasar los límites de éste; y así como en la ley 8.ª, párrafo 7.º, tit. 1.º, lib. 46 del Digesto, se prescribía que la fianza cuyo importe superase á la obligación, debiera ser y era nula, el derecho moderno previene en casi todos los Códigos extranjeros como en el 2.º apartado del artículo que comentamos, que en tal caso la obligación del fiador se reducirá á los límites de la del deudor, porque aunque es general la idea de que la fianza puede comprender menos, pero no puede extenderse á más que la obligación principal, ya en cuanto á la sustancia de la prestación, ya en cuanto á las condiciones onerosas que contenga, se ha conceptuado que, cuando exceda de estos límites es más justo y equitativo quede la obligación del fiador de pleno derecho reducida á los mismos términos que la del deudor, que la declaración de nulidad sostenida en cierta época ante el derecho romano.

Precedentes encontramos en el párrafo 5.º, tit. 21, lib. 3.º de la Instituta, y ley 7.ª, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1737, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 2013 del Código de Francia, 1900 del de Italia, 2013 del de Bélgica, 823 del de Portugal, 2026 del de Bolivia, 1353 del de Austria, 277 del de Prusia, 1859 del de Holanda, 1495 del de Vaud, 3006 del de la Luisiana, 2222 al 2224 del de Guatemala, 2069 del del Uruguay, 2343 del de Chile, 1995 del de la República Argentina, 2213 del de Veracruz-Llave, 1822 y 1823 del de México, 1707 y 1708 del de la Baja California y 1822 y 1823 del de Campeche.

Art. 1827. La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse á mas de lo contenido en ella.

Si fuere simple ó indefinida, comprenderá no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, inclusos los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago.

Es evidente cuanto este artículo entraña, porque las presunciones legales no pueden establecerse en verdaderos contratos, que crean siempre vínculos de derecho perjudiciales al obligado: por esto aparece lógico nuestro Código al prevenir que la fianza debe ser siempre expresa y no debe extenderse á más de lo contenido en ella; pues teniendo por objeto la completa seguridad é indem-

Digitized by Google

nización del acreedor, ha de hacerse así, y aun cuando fuere simple ó indefinida, ha de comprender no sólo lo principal, sino sus accesorios; sin embargo, el fiador puede modificar la constitución de tal fianza y restringir su responsabilidad; y si no utilizó esta restricción que es potestativa en él, debe presumirse que quiso quedar obligado al todo de la obligación principal como el mismo deudor; imponiendo además nuestro Código al fiador, entre esos accesorios, los gastos del juicio, mas entenderse debe que respecto de estos no responderá el fiador más que de los que se hubieran devengado después de haberle requirido de pago hecha la escusión correspondiente al deudor principal, cuando no se hace solidario como ordinariamente sucede, pues no ha de hacérsele responsable de los gastos que caprichosamente ocasionare el deudor cuando la fianza fué simple.

El Proyecto de 1851, en su art. 1738, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 440 del Código de Comercio, y que como el de nuestro Código guarda conformidad con las leyes 2.ª, tit. 42, lib. 8.º del Código romano, y 1.ª, tit. 12, Part. 5.ª

Concuerda con los arts. 2015 y 2016 del Código de Francia, 1902 y 1903 del de Italia, 2015 y 2016 del de Bélgica, 2025 y 2028 del de Bolivia, 258 al 260 del de Prusia, 1861 y 1862 del de Holanda, 1498 del de Vaud, 3009 del de la Luisiana, 2068 del del Uruguay, 2214 y 2215 del de Veracruz-Llave, 2347 del de Chile, 826 del de Portugal, 1826 y 1827 del de México, 1711 y 1712 del de la Baja California, y 1826 y 1827 del de Campeche.

Art. 1828. El obligado á dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido á la jurisdicción del Juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse.

Es de sinderesis el precepto que acaba de consignarse, pues si al obligado á dar fiador se le permitiese presentar como tal una persona que no tuviese capacidad para obligarse y que careciese de bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza, se haria ilusoria tal obligación; y como el objeto de la fianza es asegurar el cumplimiento de aquella, y en realidad existen dos contratos aunque principal el uno y accesorio el otro, lo mismo en éste que en aquél, para que tengan eficacia se hace indispensable ante todo la capacidad de los contratantes, las condiciones en ellos para obligarse, y los medios de cumplir la obligación; pues si fuese incapaz para contratar, ó si careciese de bienes con que responder y facilitar con su solvencia la insolvencia en que pudiera caer el deudor principal, de nada serviria el contrato de fianza.

Digitized by Google

También es inconcuso que el fiador debe entenderse sometido á la jurisdicción del Juez competente, ó sea al del lugar donde la obligación deba cumplirse; para lo cual deberá tenerse en cuenta lo estipulado en el contrato y lo que se previene en el art. 62 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, muy especialmente en su regla primera.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 1.º, lib. 46; 7.ª y 8.ª, párrafos 1.º y 2.º tit. 8.º lib. 2.º del Digesto; 25 de *regulis juris*, y 2.ª, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1740, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que alguna relación tiene con el art. 1263 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2018 y 2019 del Código de Francia, 1904 y 1905 del de Italia, 2018 y 2019 del de Belgica, 824 del de Portugal, 1500 y 1501 del de Vaud, 3011 del de la Luisiana, 1864 y 1865 del de Holanda, 2241 del de Guatemala, 2073 del del Uruguay, 2350 del de Chile, 2217 del de Veracruz-Llave, 1998 del de la República Argentina, 1831 y 1832 del de México, 1722 y 1723 del de la Baja California y 1831 y 1832 del de Campeche.

Art. 1829. Si el fiador viniese al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reuna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúase el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada.

Contiene este artículo una regla general y una excepción. La regla general de que si viniera al estado de insolvencia el fiador, el acreedor podrá pedir otro fiador que reuna las cualidades de capacidad y solvencia necesarias para que la fianza no sea ilusoria, es de buen sentido y está ingénita en la misma naturaleza del afianzamiento porque, si el acreedor entabló una relación jurídica con el deudor, fué indudablemente porque, el vinculo de derecho que de ésta nace, lo considera garantido en su cumplimiento con la fianza, y esa seguridad cambiaría, mejor dicho, desapareceria desde que el fiador que ha incurrido en insolvencia no fuese reemplazado por otro que pudiera obligarse y tuviese medios de cumplir la obligación. La fianza es una condición expresa de la obligación; y el acreedor que no ha querido contratar exclusivamente con el deudor principal, se veria reducido á tenerle por único deudor, sino se admitiese la renovación del fiador.

La excepción se reduce al caso á que el acreedor ha buscado en la fianza mas la garantia de una persona determinada, que la seguridad material del aseguramiento, ó que ha dado más importancia al nombre de la persona constituida en fiador, que al capital que necesita para asegurar el cumplimiento de la obligación; pues en ese caso, ya que el acreedor hizo la elección del fiador, él es el solo responsable de lo que le sobrevenga; el deudor queda obligado

Digitized by Google

únicamente á dar dicho fiador especial, y en cuanto lo dió, ya no puede exigírsele otro.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª al fin, tit. 1.º; 4.ª, tit. 5.º, lib. 46; 2.ª al fin, tit. 8.º, lib. 2.º, y 4.ª, tit. 4.º, lib. 36 del Digesto, si bien estas disposiciones se referian á la fianza legal y judicial, no en manera alguna á la convencional; por lo cual nos parece más justo y conforme al objeto de la fianza y á la intención de las partes, obligar en todo caso á que el deudor dé otro fiador ó acreedor, á no ser que éste hubiera elegido una determinada persona.

El Proyecto de 1851, en su art. 1741, propuso un precepto análogo al que comentamos.

Concuerda con los arts. 2020 del Código de Francia, 1906 del de Italia, 2020 del de Bélgica, 1866 del de Holanda, 1502 del de Vaud, 3012 del de la Luisiana, 2083 del de Bolivia, 2074 del del Uruguay, 2349 del de Chile, 2001 del de la República Argentina, 2219 del de Veracruz-Llave, 1835 del de México, 1718 del de la Baja California, 1835 del de Campeche y otros.

CAPITULO II.

De los efectos de la fianza.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR.

Art. 1830. El fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.

Varias y atinadas son las disposiciones que en este capítulo 2.º se dan para determinar los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor; siendo la primera la contenida en el art. 1830, que por axiomática se tiene hasta entre los hombres que carecen de títulos para considerarse de ley.

Si la fianza tiene un carácter subsidiario, evidente es que, dada su naturaleza, la excusión de los bienes del deudor principal, es lo primero que debe exigirse para que el fiador responda del cumplimiento de la obligación, porque de no hacerse así, dejaría de ser fiador para convertirse en deudor principal, ó cuando menos codeudor; y las obligaciones subsidiarias se confundirían con las principales, haciendo esa confusión igual lo que nombre distinto y naturaleza diversa tiene. No es posible que, deslindados los campos de cada uno

Digitized by Google

de los contratos, se coloquen en la misma situación, se conceptúen iguales al deudor y al fiador, ni por sus derechos, ni por sus obligaciones, ni por el origen de éstos. Para que cupiese esa igual consideración era preciso que el deudor y el fiador hubieran participado por igual de aquello que originó la deuda; era indispensable que una misma relación jurídica se hubiera entablado entre acreedor, deudor y fiador, era esencial que la congruencia de voluntades de la que nace el vínculo de derecho, se estableciera unánimemente entre acreedor, deudor y fiador: ya hemos dicho en tiempo oportuno que si el fiador pudiera constituirse hasta contra la voluntad del deudor, sería innecesario, el uso de esos dos nombres *deudor* y fiador, que tan distintos conceptos gramaticales y jurídicos envuelven, si había de ser una misma cosa. Por esto el Código prusiano, en su art. 283, tit. 14, parte 1.ª, dice muy oportunamente: «El fiador no está obligado para con el acreedor, sino cuando éste prueba que el deudor es incapaz de cumplir sus obligaciones»; pues realmente solo se obligó á la seguridad del cumplimiento de la obligación contraida por un tercero para cuando éste no pudiera cumplirla por sí.

Precedentes encontramos en la Novela 4.ª, cap. 1.º de Justiniano, en la ley 3.ª, tit. 12, Part. 5.ª; pues realmente en el antiguo derecho romano podía el acreedor dirigirse indistintamente contra el fiador ó contra el deudor, y dejar á este sin exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, compeliendo á ello tan solo al fiador, según se deduce de las leyes 3.ª y 5.ª, tit. 42, lib. 8.º del Código romano: sin que se contradigan las leyes 3.ª, 12 y 13 del tit. 12 part. 5.ª

El Proyecto de 1851 propuso un precepto esencialmente idéntico al nuestro en su art. 1743.

Concuerda con los arts. 2021 del Código de Francia, 1907 del de Italia, 2021 del de Bélgica, 1868 del de Holanda, 1503 del de Vaud, 3014 del de la Luisiana, 1355 y 1356 del de Austria; n.º 1.º del art. 2227 del de Guatemala; 2078 del del Uruguay, 2221 del de Veracruz-Llave, 2357 del de Chile, 2012 del de la República Argentina, 830 del de Portugal, 1841 del de México, 1725 del de la Baja California, 1841 del de Campeche y otros; viniendo á sentarse en todos ellos la sana doctrina de que el fiador no está obligado á pagar al acreedor sino cuando no lo ha hecho el deudor principal, respecto del cual procede la excusión prévia, á no ser que el fiador haya renunciado á este beneficio ó se haya obligado solidariamente con el deudor; en cuyo caso, el efecto de su obligación se regulará por los mismos principios que para las deudas *in solidum*.

Art. 1831. La excusión no tiene lugar:

1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente á ella.

2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.

3.º En el caso de quiebra ó concurso del deudor.

Digitized by Google

4.° Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Aunque en la mayor parte de las escrituras de fianza se acostumbra á consignar la renuncia del beneficio de excusión y el de división, el legislador, sin duda conceptuando aquella renuncia una mera fórmula, ha creido conveniente sentar estas cuatro excepciones de excusión, figurando en primer término la renuncia expresa del fiador, cuyos precedentes histórico-legales encontramos en la última ley del tit. 3.°, lib. 2.° del Código romano.

Vemos en segundo lugar la obligación mancomunada con el deudor; excepción que en rigor de derecho cambia el carácter de la obligación, como antes hemos dicho, y que consignada se halla en el apartado 2.° del art. 1822, ya comentado, siendo sus precedentes los mismos antes indicados.

La 3.ª de las excepciones es la del caso de quiebra ó concurso del deudor, porque el concursado ó quebrado viene en insolvencia, y donde no hay bienes no puede hacerse excusión.

El número 4.° contiene la excepción de que la excusión no tiene lugar cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del reino; cuyos precedentes encontramos en la Novela 4.ª, capítulo 1.°; y en la ley 9.ª, título 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su artículo 1744, propuso un precepto análogo al nuestro.

Concuerda con los arts. 2021 del Código de Francia, 1907 del de Italia, 2021 del de Bélgica, 1503 del de Vaud, 3014 del de la Luisiana, 2084 del de Bolivia, 1869 del de Holanda, 1355 y 1356 del de Austria, 2228 del de Guatemala, 2079 del del Uruguay, 2358 del de Chile, 2013 del de la República Argentina, 830 del de Portugal, 1843 del de México y otros.

Art. 1832. Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

El beneficio de excusión, por favorable que sea al fiador, no debe desatender el interés del acreedor hasta el punto de no ponerse justos límites á dicho beneficio, pues de no limitarlo vendría á ser casi ilusoria la fianza. Por esto es necesario que el fiador reclame expresamente y que lo haga desde que el acreedor comience á ejercer contra el las acciones correspondientes; y como dicho beneficio es una excepción dilatoria, naturalmente debe ser opuesta como to-

Digitized by Google

das las de esta especie *á limine litis*, y antes de la contestación de la demanda; pues si el fiador entrare en el fondo de dicha demanda defendiéndose con una excepción perentoria, entenderse debe que tácitamente renunció dicho beneficio de excusión, pues seria injusto y molesto en extremo para el acreedor que el fiador, después de sostener el litigio, pudiera todavia alegar el pago de la deuda reclamando la excusión.

El fiador es el único á quien aprovecha la excusión; y por ello justo es que él señale los bienes en que pueda hacerse pronta y fácilmente, sin que tal señalamiento pueda efectuarse en bienes gravados ó litigiosos, puesto que esto solo conduciria al acreedor á entrar en un semillero de largos é inciertos pleitos.

En cuanto á que el señalamiento se haga en los bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda, parece lógico y natural que asi suceda, porque la excusión de bienes situados á gran distancia, seria larga y embarazosa, y no es de presumir que el acreedor, al exigir la fianza, se fuera á proponer la adquisición de garantias que de su alcance lejos estuvieren, sino que por el contrario, todo acreedor ha de proponerse necesariamente, al exigir la fianza, obtener una seguridad en el cumplimiento de la obligación, el pronto y fácil cumplimiento de la misma y cuanto pueda darle el resultado apetecido, que no lograria de seguro con lejanas garantias ó llenas de cargas, trabas y entorpecimientos.

Precedentes encontramos en el párrafo 4.°, tit. 21, lib. 3.° de la Instituta; ley última, tit. 6.°, lib. 12 del Digesto; ley 8.ª, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1745, propuso un precepto análogo; y concuerda el que es objeto de este comentario, con los arts. 2022 y 2023 del Código de Francia, 1908 y 1909 del de Italia, 2022 y 2023 del de Bélgica, 1870 y 1871 del de Holanda, 1503 y 1504 del de Vaud, 3014 y 3015 del de la Luisiana, 2082 del del Uruguay; núms. 5.° y 6.° del 2358, y 2359 del de Chile; 2015 del de la República Argentina, 2223 y 2224 del de Veracruz-Llave, 832 y 833 del de Portugal, 1845 del de México, 1729 del de la Baja California, 1845 del de Campeche; debiendo hacer presente que estos tres últimos Códigos, y el de Chile, determinan de una manera bien clara y explícita lo procedente sobre este particular, pues preceptúan que para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes: 1.°, que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago; 2.°, que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, que estén libres y desembargados, y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago; 3.°, que anticipe ó asegure competentemente los gastos de la excusión.

Art. 1833. Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los

Digitized by Google

bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte.

Así como en el artículo anterior se ha buscado la seguridad del acreedor, en éste se provee en interés del fiador para que no sea víctima de la incuria de que no es culpable, porque si el acreedor no tuvo toda la actividad necesaria en perseguir á su deudor, el daño resultante de tal descuido solo él debe sufrirlo.

El Proyecto de 1851, en su art. 1746, propuso un precepto idéntico; y concuerda con los arts. 1872 del Código de Holanda, 2024 del de Francia, 1910 del de Italia, 2024 del de Bélgica, 2018 del de la República Argentina, 1505 del de Vaud, 328 del de Prusia, en la parte 1.ª de su tit. 14; 3016 del de la Luisiana, 2082 del del Uruguay, 2365 del de Chile, 1850 del de México, 1734 del de la Baja California, 1850 del de Campeche y 2225 del de Veracruz-Llave.

Art. 1834. El acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre á salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos.

Aun cuando por economía de tiempo y gastos se admita la citación al fiador cuando se incoe la demanda contra el deudor principal, no puede menos de quedar á salvo el beneficio de la excusión, pues presumirse debe que bajo tal concepto se constituyó la fianza; y aun cuando se dictare sentencia contra ambos, ha de entenderse siempre que se resuelve en sentido de que en primer término cumpla el fallo el deudor principal, y en lo que no le fuera posible responda de su cumplimiento el fiador.

El Proyecto de 1851, en su art. 1747, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 311 del Código de Prusia, en su tit. 14, parte 1.ª; 3020 del de la Luisiana, 831 del de Portugal y 2226 del de Veracruz-Llave.

Art. 1835. La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal.

La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad.

Evidente es que implicando toda transacción, avenencias y arreglos entre las partes, no puede producir efecto para con el deudor principal la que se hace entre el acreedor y el fiador, porque estos solo pueden transigir en cuanto á la obligación subsidiaria que el fiador contrajo para con el acreedor en ocasio-

Digitized by Google

nes, hasta sin conocimiento del deudor principal, y aun contra su voluntad.

Y como tampoco son de la misma índole las relaciones jurídicas establecidas entre el acreedor y el deudor principal, que las de el acreedor y el fiador; de aquí el que las transacciones que se operen entre los dos primeros no puedan surtir efecto para con el fiador contra la voluntad de éste.

El Proyecto de 1851, en su art. 1718, propuso preceptos idénticos al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1193 y 1257 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2087 del Código del Uruguay, 834 del de Portugal, 329 y 330 del de Prusia en la parte 1.ª de su tit. 14 1854 del de México, 1738 del de la Baja California, 1854 del de Campeche y 2227 del de Veracruz-Llave.

Art. 1836. El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal.

El precepto que acaba de consignarse, envuelve un principio de buen sentido, puesto que el fiador principal es respecto de su subfiador, lo que el deudor respecto del fiador principal; así es que el Código de Prusia venía diciendo en su art. 380, tit. 14, parte 1.ª, que: «el subfiador no puede ser objeto de reclamaciones de parte del fiador principal, sino después de la asignación del deudor principal, y debe ser puesto en causa por el fiador principal cuando el acreedor demande:» de la misma manera que el Código Bávaro prescribía en su art. 19, cap. 10, lib. 4.°, que: «el fiador del fiador no puede ser obligado á pagar sino cuando el deudor principal ha sido enteramente disentido.»

Precedentes encontramos en la ley 27, párrafos 1.° al 4.°, tit. 1.°, lib. 46 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1749, propuso un precepto análogo al que comentamos, y concuerda con los arts. 2080 del Código de Uruguay, 2366 del de Chile, 2019 del de la República Argentina, 2223 del de Veracruz-Llave, 1505 del de Vaud, 837 del de Portugal, 1914 del de Italia, 1855 del de México, 1739 del de la Baja California, 1855 del de Campeche y otros.

Art. 1837. Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación á responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar á cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, á menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

Digitized by Google

Sin detenernos á efectuar un profundo estudio del artículo que acaba de consignarse, se comprende bien que cuando son varios los fiadores de un deudor por una misma deuda, la obligación á responder de ella debe dividirse entre todos; y como la mancomunidad no debe admitirse sino cuando expresamente se ha pactado, de aquí el que el acreedor no pueda reclamar á cada fiador más que la parte que le corresponda satisfacer, á no ser que la solidaridad se haya expresamente estipulado.

En cuanto al beneficio de división contra los fiadores, debe tenerse en cuenta que cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal. Para gozar de dicho beneficio, se hace preciso ciso que haya varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, pues entre fiadores de diversos deudores, aun que la deuda fuese la misma no cabe la división; pues ésta no se hace *ipso jure*, sino que por el contrario corresponde á la obligación de los fiadores cuando es solidaria ó mancomunada; así es que si uno de ellos paga sin reclamar ú oponer beneficio, como paga lo que realmente debe *in sólidum*, no podrá repetir del acreedor como no puede hacerlo el que paga más de lo debido: sin embargo, ante el Derecho romano se admitia alguna excepción en la ley 3.ª al fin, tit 42, lib. 8.º del Código, por lo cual el beneficio de división tenia lugar aun cuando los fiadores se hubieren obligado con sólidaridad expresa; pero ésto no puede admitirse hoy después de la doctrina sentada en el artículo que comentamos acerca de las obligaciones en conjunto con divisibilidad, y relativamente á las obligaciones mancomunadas ó solidarias, pues en las primeras es de esencia la división, y en las segundas puede ejercitarse contra cualquiera de los solidariamente obligados la acción correspondiente para el cumplimiento de la obligación *in sólidum* contraida.

Precedentes encontramos en las leyes 27 párrafo último, tit. 42, lib. 2.º del Código romano; párrafo 4.º, tit. 21, lib. 3.º de la Instituta; Novela 99, cap. 1.º; ley 8.ª, tit. 12, Part. 5.ª, y ley 10, tit. 1.º, lib. 10 de de la Novisima Recopilación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1750, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1137 al 1139 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2025 y 2026 del Código de Francia, 1911 y 1912 del de Italia, 2025 y 2026 del de Bélgica, 835 y 836 del de Portugal; 378 del de Prusia título 14, parte 1.ª; 1873 y 1874 del de Holanda, 1504 del de Vaud, 3017 y 3018 del de la Luisiana, 2088 del del Uruguay, 2230 y 2231 del de Veracruz-Llave, 2367 del de Chile, 2024 del de la República Argentina, 1857 del de México, 1741 del de la Baja California y 1857 del de Campeche.

Digitized by Google

SECCIÓN SEGUNDA.

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR.

Art. 1838. El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

1.° La cantidad total de la deuda.

2.° Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.

3.° Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.

4.° Los daños y perjuicios, cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor

Al consignar los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador en esta sección, empieza por preceptuarse en el art. 1838, que el fiador debe de ser indemnizado por el deudor de lo que por éste pagó, determinando en lo que ha de consistir tal indemnización de una manera taxativa, pues se consigna en dicho artículo por el orden natural en que la indemnización debe efectuarse, primero, la cantidad total de la deuda, porque lo lógico es que lo principal sea en primer termino satisfecho; segundo, los intereses de ella, desde que se hizo saber el pago al deudor, porque desde dicho dia éste se constituye en deudor de su fiador; tercero, los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en conocimiento del deudor que se le requiria de pago, porque tales gastos deben ser de cuenta del deudor que por su morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones los ocasionó; y cuarto, los daños y perjuicios cuando procedan, porque si efectivamente el pago hecho por el fiador á nombre del deudor, lesionó su fortuna é impidió que le produjese lo que debia haberle producido, lógico y natural es que esos daños y perjuicios se abonen al fiador.

En cuanto al último apartado es indiscutible su contenido, por cuanto ni puede compararse, como hacen algunos, la fianza con el mandato en el que es necesario que mandante y mandatario se conozcan, ni teniendo en cuenta que la fianza beneficia al deudor, por cuanto sin ella el acreedor no hubiera contratado con él, mal puede excusarse del cumplimiento de las

Digitized by Google

obligaciones que todo deudor tiene para con su fiador, sea por efecto de una convención, sea como resultado de una oficiosidad hasta cierto punto llevada á efecto por satisfacer las exigencias del acreedor y facilitar las gestiones del deudor.

Art. 1839. El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado.

Después de lo expuesto al tratar de las obligaciones en general, casi no había necesidad de este art. 1839, porque verdad es inconcusa y hasta axiomática, que el que paga por otro se subroga en todos los derechos del acreedor á quien pagó; y que caso de transacción con el acreedor no puede pedir al deudor más que lo que realmente por él pagó. Así es que el fiador no tiene necesidad de pedir la subrogación, la ley misma se la concede, porque resulta del hecho mismo del pago, y con esto hemos dejado las vanas sutilezas que hacian necesario el sustituir á una subrogación que no se daba expresamente una tácita acción de mandato nacida del acto del pago.

El segundo apartado de este artículo reconoce por causa, que si es muy justo que el fiador tenga una completa indemnización, no lo es menos que ésta jamás debe extenderse más allá de lo por el mismo desembolsado para satisfacer al acreedor, pues no puede en manera alguna enriquecerse á la sombra de la fianza por la sola disposición de la ley.

Precedentes encontramos en las leyes 11, tit. 12, Part. 5.ª; y 4.ª, tit. 18, lib. 3.º del Fuero Real.

El Proyecto de 1851, en su art. 1753, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación más ó menos directa está con los arts. 1193, 1209 á 1212 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2029 del Código de Francia, 1916 del de Italia, 2029 del de Bélgica, 2237 del de Guatemala, 2093 del del Uruguay, 2042 del de Bolivia, 2373 y 2374 del de Chile, 1358 del de Austria, 338 y 339 del de Prusia en su tit. 14, parte 1.ª; 1877 del de Holanda, 1507 del de Vaud, 3022 del de la Luisiana, 2029 del de la República Argentina, 839 del de Portugal, 2235 del de Veracruz-Llave, 1863 y 1864 del de México, 1747 y 1748 del de la Baja California, 1863 y 1864 del de Campeche, y otros.

Art. 1840. Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las escepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago.

Digitized by Google

Hasta aquí ha tratado el Código en los dos primeros artículos de esta sección, de los pagos hechos debidamente por el fiador, con noticia del deudor y sin perjuicio de las excepciones perentorias que éste habria podido oponer al acreedor. En éste se ocupa del caso contrario y, como el fiador no puede por su culpa menoscabar los derechos é intereses del deudor, su disposición es de evidente justicia. Por lo demás, el fiador, cuando ha pagado sin ponerlo en conocimiento del deudor, puede repetir contra éste, con tal de que por ello no haya seguido perjuicio á los derechos é intereses del deudor, y como pueden seguirsele en efecto, perjuicios por no haber utilizado las excepciones que, de tener noticia de la reclamación, pudiera haber ejercitado contra el acreedor demandante, de aquí el que este artículo le concede al deudor el ejercicio contra el fiador de todas las excepciones, que de no haber pagado en silencio éste, pudiera haber utilizado contra el acreedor en su caso.

Precedentes encontramos en las leyes 29, párrafo 3.°, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto; y 15 y 16, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1755, apartado 2.°, propuso un precepto análogo; y concordancias vemos en los arts. 2031 del Código de Francia apartado 2.°; 1918 del de Italia apartado 2.°; 2031 del de Bélgica parte 2.ª; 2097 del del Uruguay, 2377 del de Chile, 1361 del de Austria, 349 del de Prusia tit. 14, parte 1.ª; 1879 del de Holanda, 1509 del de Vaud, 3024 del de la Luisiana, 2033 del de la República Argentina, 838 del de Portugal, 2237 del de Veracruz-Llave, 1866 del de México, 1750 del de la Baja California, 1866 del de Campeche, y otros.

Art. 1841. Si la deuda era á plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza.

Es también de buen sentido este precepto, y arguye la reciprocidad que debe existir de derechos y obligaciones. El fiador, solo subsidiariamente responde de las obligaciones del deudor por quien prestó fianza, y en las obligaciones á pago solo está obligado á pagar cuando llegue y venza el dia si el deudor principal no pagó; por consiguiente, de los adelantos de pago que por su voluntad hiciere, solo el puede ser responsable, sin que pueda exigir su reembolso del fiador por quién pagó, sino después de vencido el plazo; pues lo contrario, equivaldria á dar facultad al fiador para hacer de peor condición al deudor por su simple voluntad.

Precedentes encontramos en la ley 22, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto, y en la 16, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1756, propuso un precepto análogo que en relación está con los arts. 1125 y 1126 de este mismo Código

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2099 del Código del Uruguay, 2373 del de Chile, 2031 del de la República Argentina, 843 del de Portugal, 1869 del de México, 1753 del de la Baja California, 1869 del de Campeche, 2238 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1842. Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y éste, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor.

También es de buen sentido este precepto, porque si el fiador pagó sin contar con el deudor, no es culpa de éste que aquél hiciera un pago indebido ni de que el acreedor cobrase dos veces por mala fe ó por otra causa cualquiera. Solo puede tener, por lo tanto, en tal caso el fiador acción contra el acreedor que despues de cobrarle á él le cobró al deudor.

Precedentes encontramos en la ley 29, párrafo 3.°, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en la parte primera de su art. 1755, propuso un precepto análogo, y en relación está con los arts. 1159, 1895 al 1901 de este mismo Código.

Concuerda con los arts 2031 en su primera parte del Código de Francia, primer apartado del 1918 del de Italia, primer párrafo del 2031 del de Bélgica, párrafo 1.° del 2258 del de Guatemala, párrafo 3.° del 2097 del del Uruguay, 2.° apartado del 2377 del de Chile, 2014 y 2045 del de Bolivia, 1361 del de Austria, 349 del de Prusia, 1879 del de Holanda, 1509 del de Vaud, 3024 del de la Luisiana, apartado 1.° del 2033 del de la República Argentina, 842 del de Portugal, 1867 del de México, 1751 del de la Baja California, 1867 del de Campeche, y otros.

Art. 1843. El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal:

1.° Cuando se vé demandado judicialmente para el pago.

2.° En caso de quiebra, concurso ó insolvencia.

3.° Cuando el deudor se ha obligado á relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido.

4.° Cuando la deuda ha llegado á hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.

5.° Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, á menos que sea de tal

Digitized by Google

naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años.

En todos estos casos la acción del fiador tiende á obtener relevación de la fianza ó una garantía que lo ponga á cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor.

Reglas de buen sentido fija este artículo para determinar los casos en que el fiador puede proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado por él; y se comprende perfectamente, pues si bien la fianza se constituye principalmente para seguridad del cumplimiento de la obligación, y en beneficio del acreedor, ha de procurarse también alguna seguridad al fiador para su reintegro.

El primer caso no es nuevo, pues ya en la ley 14.ª, tit. 12, Part. 5.ª estaba previsto, si bien exigia para el pago que hubiera sido condenado, aunque desde el momento de la demanda podia emplazar al deudor para que pague y le liberte de la obligación subsidiaria, pero nuestro Código, dando mayor laxitud á la acción del fiador, le faculta para proceder contra el deudor principal desde que se ve judicialmente demandado para el pago.

El segundo caso, también parece tomado de la ley de Partida; pues en ella se prescribia que pudiera el fiador accionar contra el deudor principal desde que empezaba éste á desmembrar sus bienes. Los Códigos de Francia, Italia y Bélgica, se ocupan en igual sentido de cuando el deudor ha hecho quiebra; el de Vaud determina una parecida teoría; el Austriaco, el Bávaro y el Sardo, reconocen la quiebra como causa de la reclamación que nos ocupa; el Prusiano trata de cuando empieza á disipar su fortuna el fiador; reconociendo todos ellos que en cualquier caso de quiebra, concurso ó insolvencia, debe permitirse al fiador tome sus medidas de precaución ó seguridad contra el deudor, mucho más si éste es disipador, pues hay desde luego peligro y no merece consideración de ningún género.

El caso tercero también está tomado de los Códigos de Austria y de Baviera, pues cuando el deudor se ha obligado á relevar de la fianza al fiador en un plazo determinado, y éste ha vencido, no cabe duda que exento ha de quedar de todo compromiso, y que para defenderse puede proceder contra el deudor principal.

El caso cuarto es original á la vez que lógico, porque á primera vista parece que si la deuda ha llegado á hacerse exigible por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse, el acreedor debe reclamar el pago al deudor en primer término, y subsidiariamente al fiador; y que el fiador debía esperar la reclamación; pero como es de presumir que si el deudor no paga, aquello

Digitized by Google

que sea el plazo estipulado, la responsabilidad recaiga enseguida en el fiador, de aquí que á éste se le conceda en nuestro Código la facultad de proceder contra el deudor como lo hacen el Austriaco, el Sardo y el Prusiano, y como lo prescribe la ley 28, tit. 1.°, lib. 46 del Digesto; pero en todo caso debe preceder la escitación ó requerimiento del fiador para constituir al acreedor en mora y hacerle responsable de toda posterior insolvencia.

El caso quinto, que se consignaba en sexto lugar del Proyecto de 1851, tiene sus precedentes en las leyes 38, tit. 1.°, lib. 17 del Digesto, y 14, tit. 12, part. 5.ª; si bien en tales disposiciones el tiempo era indefinido y quedaba al prudente arbitrio del Juez el fijarlo; pero nuestro Código, comprendiendo que convenia separarse de esta incertidumbre, conviniendo con la opinión de la mayor parte de los autores, ha fijado en este artículo el plazo de diez años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento á menos que dicha obligación, por su naturaleza, no fuese exigible sino en un plazo mayor de diez años.

En el mismo sentido se halla redactado el núm. 5.° del art. 1510 del Código de Vaud, si bien la excepción final de dicho número se manifiesta en las frases siguientes: «A menos que por su naturaleza la obligación principal no sea exigible en un tiempo determinado, ó que no pueda ser extinguida al cabo de diez años: viéndose parecidos preceptos en el art. 2069 del Código Sardo y en el 359 del prusiano, si bien éste determina que la fianza puede retirarse al cabo de un año cuando es gratuito y que en tal caso el deudor debe libertar al fiador en el segundo año.

De todos modos, la acción del fiador se ve claramente que tiende á obtener la relevación de la fianza ó una garantía que le ponga á cubierto del procedimiento del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor.

El Proyecto de 1851, en su art. 1757, propuso preceptos análogos, aumentando un caso que aquí no se consigna y que bajo el núm. 3.° prevenia, «Si hay temor de que se fugue ó quiera dejar el reino».

En relación está el artículo que comentamos con los arts. 1125, 1822, 1914 y 1915 de este mismo Código, 874 al 878 y 883 del Código de Comercio, y 1160, 1172 y 1325 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Concuerda en general el artículo que nos ocupa con los arts. 2032 del Código de Francia, 1919 del de Italia, 2032 del de Bélgica, 844 del de Portugal, 1880 del de Holanda, 2235 del de Guatemala, 2089 del del Uruguay, 2369 del de Chile, 2046 del de Bolivia, 3026 del de la Luisiana, 2026 del de la República Argentina, 1870 del de México, 1754 del de la Baja California, 1870 del de Campeche; debiendo hacerse presente que estos trés últimos Códigos como el de Portugal, señalan los mismos seis casos que propuso nuestro Proyecto de 1851; y observándose que esos mismos seis casos de los artículos de los Códigos dichos están comprendidos en cinco artículos del Código de Veracruz-Llave ó sea del 2239 al 2243

Digitized by Google

SECCIÓN TERCERA.

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES.

Art. 1844. Cuando son dos ó mas los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, ó hallándose el deudor principal en estado de concurso ó quiebra.

Al tratar en la sección tercera de los efectos de la fianza entre los cofiadores, presenta en primer término el art. 1844, los principios generales que deben observarse para el subsidiario reintegro entre ellos cuando son dos ó más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, concediendo acción al que de ellos la hubiere pagado para reclamar á cada uno de los otros la parte proporcional que les corresponda.

Antiguamente, tanto el derecho romano como la ley de Partida, prescribían que el fiador que había pagado no tenía recurso alguno contra los cofiadores si el acreedor no le cedía préviamente sus acciones antes de hacerse el pago; fundándose sin duda el derecho antiguo en las sutilezas que en aquel tiempo dominaban y que hoy el buen sentido y la equidad rechazan de consuno. En apoyo de tales teorías alegábase que la fianza era una convención entre el fiador y el deudor, no entre los cofiadores, y que por ello era indispensable que el fiador se viera provisto de todas las facultades de aquel para repetir contra cada uno de los cofiadores; pero en este caso más lógico era que el fiador se subrogase en todos los derechos y acciones del acreedor á quien había pagado, pues realmente él había sido el que había dado cumplimiento á la primera convención, y por lo tanto, quien tenía derecho á reintegrarse de lo satisfecho al mencionado acreedor; y como por otro lado aquel pagador cumplió el compromiso de todos los cofiadores libertándolos de una obligación á cuyo cumplimiento podían haber sido compelidos por el acreedor, de aquí el que ipso facto y sin necesidad de cesión alguna, conforme á los principios de equidad, quedara sencilla y directamente obligados los demá cofiadores á resarcirle de las partes

Digitized by Google

proporcionales que á cada uno correspondieran por el beneficio que les resulta del pago, y a que el fiador que pagó se entiende siempre subrogado de derecho en el lugar y acciones del acreedor para ejercitarlas contra sus cofiadores.

Innecesario era después de lo expuesto decir una palabra más sobre el particular, pero el Código, descendiendo á detalles cuyo cumplimiento á todos conviene, preceptúa en el segundo apartado del artículo que nos ocupa, que si alguno de los cofiadores resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos los demás en la misma proporción; lo cual no es nuevo para nosotros, pues además de que el buen sentido así lo dicta, sin más que recordar lo que expusimos acerca de los deudores mancomunados, se verá confirmada la lógica necesidad de cumplir tales principios, pues es un factor que á la suma debia haber acudido entre los que representan los demás cofiadores, y que segregado por la insolvencia de uno de ellos tiene por necesidad que entrañarse entre los demás proporcionalmente para que la suma resulte la misma y el completo cumplimiento de la obligación principal sea exacto.

Previene el último apartado de este artículo que para que pueda tener lugar lo en el mismo dispuesto, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, ó que el deudor principal se hallare en estado de concurso ó quiebra, lo cual se ha prescrito para evitar que la simple voluntariedad de uno de los cofiadores pueda darle acción contra los otros por haber efectuado el pago que no está dentro de las condiciones legales.

Precedentes encontramos en las leyes 17, 36 y 39, tit. 1.°, lib. 46 del Dig.; 2.ª, 11.ª y 15.ª, tit. 40, lib. 8.° del Código romano; y 11.ª, tit. 2.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1758, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los artículos 1145, 1209 al 1212, 1837 de este mismo Código, 874 al 878 del Código de Comercio y 1160 y 1325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Concuerda con los arts. 2033 del Código de Francia, 1920 del de Italia, 2033 del de Bélgica, 2239 y 2240 del de Guatemala, 1881 del de Holanda, 845 del de Portugal, 2100 del del Uruguay, 2378 al 2380 del de Chile, 2047 del de Bolivia, 1511 del de Vaud, 373 y 374 del de Prusia en su parte primera del tit. 14; 2037 al 2040 del de la República Argentina, 1873 al 1875 del de México, 1757 al 1759 del de la Baja California, 1873 al 1875 del de Campeche, 2244 y 2245 del de Veracruz-Llave, siendo los preceptos de estos cuatro Códigos últimamente citados exactamente iguales al del artículo que de nuestro Código comentamos, aunque se encuentran diseminados en distintos artículos.

Art. 1845. En el caso del artículo anterior podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrian correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor.

Digitized by Google

Es de buen sentido el precepto que acaba de consignarse por cuanto el fiador que pagó no debe quedar más favorecido contra sus cofiadores, obligados subsidiariamente, que lo serian éstos contra el deudor principal; pero esto debe tener una excepción y es precisamente la de las excepciones que fueren puramente personales del mismo deudor; pues como lo indica la misma palabra personales del deudor, sólo á éste podian corresponderle, toda vez que nacieron de su propia personalidad, y lo que solo se concede en atención á una determinada personalidad no puede trasmitirse.

Precedentes encontramos en la ley 15, tit. 12, Part. 5.ª, y el Proyecto de 1851, en su art. 1759, propuso un precepto análogo; viendo al propio tiempo concordancias en los arts. 846 del de Portugal, 1511 del de Vaud, 2379 del de Chile, 2039 del de la República Argentina, 2101 del del Uruguay, 1876 del de México, 1760 del de la Baja California, 1876 del de Campeche y 2246 del de Veracruz-Llave.

Art. 1846. El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quién se obligó, queda responsable á los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador.

También es de buen sentido el precepto que acaba de transcribirse, puesto que el subfiador se coloca en las mismas condiciones del fiador por quien se obligó; y si los cofiadores tienen entre sí ciertas responsabilidades, es evidente que el subfiador que se subroga en el lugar y caso del cofiador que resultó insolvente, ha de compartir las responsabilidades con los demás en los mismos términos que el fiador por quién pagó.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1760, propuso un precepto idéntico, como idéntico es el art. 2102 del Código del Uruguay, como lo son en la esencia los arts. 1877 del de México, 1761 del de la Baja California, 1877 del de Campeche, 847 del de Portugal, 1513 del de Vaud, 2380 del de Chile, 2041 del de la República Argentina y 2247 del de Veracruz-Llave.

CAPITULO III.

De la extinción de la fianza.

Art. 1847. La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.

Digitized by Google

Vemos que, del capítulo tercero que trata de la extinción de las fianzas, su primer artículo, ó sea el 1847, contiene un precepto verdaderamente axiomático, pues no puede ser más inconcuso, que, de la misma manera que se extingue la obligación principal, quede extinguida la obligación subsidiaria, que es su accesoria; es más, realmente extinguida la obligación principal, no puede subsistir su accesoria la fianza, porque carece de objeto; y lo mismo se comprende que sucede con las causas de extinción; pues idénticas causas producen iguales efectos.

Precedentes encontramos al principio del tit. 30, lib. 3.° de la Instituta; ley 23, párrafos 2.° y 3.°, tit. 3.°, lib. 46 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1761, propuso un precepto idéntico al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1156, 1190, 1193 y 1197 de este mismo Código, como idénticos son los preceptos de los arts. 2248 del Código de Veracruz-Llave y 2103 del de Uruguay hasta en su redacción; concordando perfectamente con los arts. 1878 del Código de Campeche, 1762 del de la Baja California, 1878 del de México, 2245 del de Guatemala, 848 del de Portugal, 2054 del de Bolivia, 1363 del de Austria, 2514 del de Vaud, 1882 del de Holanda, 3028 del de la Luisiana, 1925 del de Italia, 2034 del de Francia, 2381 del de Chile y 2034 del de Bélgica.

Art. 1848. La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador.

Este precepto indica bien á las claras que el acreedor conserva en este caso su acción contra el subfiador, lo cual es tan obvio que no necesitaba consignarse, porque siendo el fiador quien responde subsidiariamente por el deudor, no porque éstos se unan, ó sus derechos se confundan, van á proporcionar la libertad de toda responsabilidad al subfiador ó sea al fiador del fiador, pues esta subfianza no es mas que una segunda seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que no puede claudicar por la confusión de los derechos de dos de los obligados en primer término.

El Proyecto de 1851, en su art. 1762, propuso un precepto idéntico al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1192 al 1194 de este mismo Código; siendo esencialmente idénticos también los arts. 2249 del Código de Veracruz-Llave y 2104 del de Uruguay.

Concuerda con los arts. 2035 del Código de Francia, 1926 del de Italia, 2035 del de Bélgica, 849 del de Portugal, 2383 del de Chile, 1883 del de Holanda, 1515 del de Vaud, 2059 del de Bolivia, 3029 del de la Luisiana, 1879 del de México, 1763 del de la Baja California y 1879 del de Campeche.

Digitized by Google

Art. 1849. Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, ú otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

Es también de buen sentido este precepto, pues de cualquier manera que quede cumplida la obligación, extinguida queda en lo principal, y por lo tanto, extinguida también en lo accesorio ó sea en la fianza, sin que pueda revivir por el hecho de haberse perdido por evicción, pues la obligación primitiva, una vez extinguida por la aceptación del acreedor, muere para no volver á renacer, y cualquiera otra relación jurídica que entre el acreedor y el deudor se estableciere, será distinta de la primera y no la que el fiador garantizó.

El Proyecto de 1851, en su art. 1763, propuso un precepto idéntico, que en relación está con los arts. 334 y 1475 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2038 del Código de Bélgica, 1929 del de Italia, 2038 del de Francia, 2050 del de la República Argentina, 2106 del del Uruguay, 850 del de Portugal, 2250 del de Veracruz-Llave, 2382 del de Chile, 2057 del de Bolivia, 2886 del de Holanda, 1519 del de Vaud, 3031 del de la Luisiana, 1880 del de México, 1764 del de la Baja California y 1880 del de Campeche.

Art. 1850. La liberación hecha por el acreedor á uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha á todos hasta donde alcance la parte del fiador á quien se ha otorgado.

La razón de este precepto es que la rescisión ó liberación, aunque aparezca limitada á un fiador determinado, debe aprovechar parcialmente á los otros por la justa reciprocidad que ha de establecerse entre este derecho y la obligación que tienen de responder proporcionalmente á la parte que dejó de pagar el insolvente; y si bien en parte no pueden considerarse como verdaderos deudores solidarios de un modo absoluto puesto que gozan del beneficio de la excusión y división, se ve en este artículo la tendencia á equiparar los cofiadores á los deudores mancomunados, de los cuales nos ocupamos oportunamente, repitiéndose aquí respecto de los cofiadores, lo que con relación á aquellos se expuso anteriormente; si bien parece que el acreedor debía tener facultad para favorecer á uno de los codeudores ó cofiadores sin perjudicar á los demás, ó sea haciendo expresa deducción de la parte que en la deuda correspondiese al favorecido.

El Proyecto de 1851, en su art. 1764, propuso un precepto idéntico al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1143, 1146, 1187 al 1191 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 851 del Código de Portugal, 389 del de Prusia, en

Digitized by Google

primera parte del tit. 14; 1363 del de Austria, 1881 del de México, 1765 del de la Baja California, 1881 del de Campeche y 2251 del de Veracruz-Llave.

Art. 1851. La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.

También es de buen sentido este precepto, pues la prórroga implica una novación de contrato, y la fianza no puede extenderse más allá del contrato mismo principal, ni mucho menos pueden alcanzar al fiador los efectos de la prórroga sin su consentimiento expreso de prorrogar también su responsabilidad como fiador.

Precedentes encontramos en la ley 10, tit. 18, lib. 3.º del Fuero Real.

El Proyecto de 1851, en su art. 1765, propuso un precepto idéntico al nuestro, que en relación está con los arts. 1207 y 1567 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2252 del Código de Veracruz-Llave, 1883 del de México, 1767 del de la Baja California, 1883 del de Campeche, 2046 del de la República Argentina, 2246 del de Guatemala, 2107 en relación con el 1503 del del Uruguay, 852 del de Portugal; y disponen lo contrario los arts. 1883 del de Holanda, 939 del de Francia, 1930 del de Italia, 939 del de Bélgica, 1520 del de Vaud, 3032 del de la Luisiana, en los que se viene á determinar que, prorrogado el término del pago por el acreedor al deudor principal, no quedará levantada la fianza; pero podrá en este caso el fiador apremiar al deudor para que efectúe el pago ó para cancelar dicha fianza: en cuyos preceptos se ve que nada expresan aquéllos Códigos acerca del consentimiento del fiador, ni distinguen los casos en que existiera ó dejare de existir dicho consentimiento.

Art. 1852. Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.

Efectivamente, si por un acto del acreedor ó por culpa del mismo no pudiera realizarse la subrogación que *ipso jure* corresponde al fiador en los derechos y acciones de dicho acreedor, no debe serle permitido á éste perseguir al fiador que culpa no tiene de haberse quedado desarmado por hechos independientes de su voluntad para el reintegro de sus abonos; pues sabido es que á cada cual daña su culpa según las reglas generales del derecho, y que por lo mismo los hechos del acreedor no pueden empeorar la condición del fiador. Esto es de justicia y de equidad, pues la fianza sobre ser digna de favor como un acto de beneficencia, envuelve en si siempre y necesariamente la idea de

Digitized by Google

un deudor principal ó primitivo; y si el acreedor perdió su derecho de hipoteca por no inscribirlo en el Registro público, dejó de utilizar el fundo hipotecado como tal, ó no entabló el recurso precedente contra el fallo en que se declaró perdido el derecho de que gozaba, natural es que como no puede transmitir estos derechos al fiador que mediante pago por extricto derecho se subroga en su lugar y caso, el fiador que en tales circunstancias se le coloca por la indolencia del acreedor, no puede continuar obligado al cumplimiento de la obligación subsidiaria que había contraido.

El Proyecto de 1851, en su art. 1786, propuso un precepto idéntico, que en relación está con los arts. 1143, 1147, 1210 al 1212 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2037 del Código de Francia, 1928 del de Italia, 2037 del de Bélgica, 1885 del de Holanda, viéndose el precepto del Código francés confirmado por varias sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre otras las de 16 de Marzo de 1842, 20 Marzo de 1843, 9 Enero de 1849, 23 Febrero de 1857; y concordando también con los arts. 858 del Código de Portugal, párrafo 2.º del art. 2381 del Código de Chile, 2056 del de Bolivia, 1517 del de Vaud, 3031 del de la Luisiana, 2043 del de la República Argentina, 2253 del de Veracruz-Llave, 1882 del de México, 1766 del de la Baja California y 1882 del de Campeche.

Distintas opiniones entre los tratadistas de derecho se han manifestado sobre el particular, y tanto Pothier como Merlin, Durauton, Toullier y Mourlon son dignos de estudio, cuyas concordancias viene á descomponer Troplong y algún otro, pero especialmente éste, sosteniendo la doctrina establecida en el derecho romano, combate el precepto del Código francés, igual que el nuestro, diciendo que es falsa y funesta la teoría francesa, pues él, que supone que la fianza es un contrato unilateral en el que á nada se obliga el acreedor, ni el fiador, cree que se tiene un derecho adquirido á la cesión de los derechos del acreedor, y por consiguiente, que las garantías estipuladas con el deudor principal han sido en su interés exclusivo, sin que el acreedor haya prometido jamás conservarlas intactas para poder mas tarde hacer cesión de ellas, y por lo tanto, puede usarlas como mejor le parezca y dejarlas perder si lo cree oportuno, sin que el fiador pueda quejarse de sus actos.

Pero esta opinión no puede ser mas errónea, y de sostenerse concluiría con las fianzas, porque si el fiador no viera medio de reintegrarse de lo que él pagase por el deudor, y no contase con la subrogación de los derechos del acreedor á quien pagó, no se obligaría, pues pocos hay que estén tan mal con sus propios intereses, que vayan á adquirir compromisos por un tercero sin garantía alguna.

Art. 1853. El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes á la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor.

Digitized by Google

Si lo accesosio sigue á lo principal, aquí la fianza debe seguir subsidiariamente las vicisitudes de la obligación principal cuyo cumplimiento asegura; y de la misma manera que el deudor principal puede apoderarse de todos los medios de defensa para destruir el vinculo jurídico, todo lo que desvirtúa el contrato, como el dolo, la violencia, el pago ya efectuado, la cosa juzgada y demás de este género, el fiador puede utilizar esas mismas excepciones para hacer caer por tierra tal obligación, pues decaida esta desaparece ó carece de razón de ser la fianza. Mas las excepciones puramente personales del deudor, no pueden transmitirse, pues son enteramente extrañas al fiador y á cualquier otra persona, tal sucede con el beneficio de competencia de los empleados para no poder ser ejecutados mas que en una parte proporcional de su sueldo, según su cuantian (art. 1451 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Precedentes encontramos en las leyes 24, tit. 1.°, lib. 5.°; y 63, párrafo 1.°, tit. 2.°, lib. 17 del Digesto; 32, tit. 1.°, lib. 46 del mismo Digesto; y ley 15, tit. 12, Part. 5.ª; diferenciándose en ésta perfectamente las excepciones perentorias de las personales.

El Proyecto de 1851, en su art. 1767, propuso un precepto idéntico al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1148 y 1197 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2036 del Código de Francia, 1927 del de Italia, 2036 del de Bélgica, 854 del de Portugal, 2354 del de Chile, 2060 del de Bolivia, 310 del de Prusia, tit. 14, parte 1.ª; 1516 del de Vaud, 1884 del de Holanda, 2254 del de Veracruz-Llave, 3030 del de la Luisiana, 1840 del de México, 1724 del de la Baja California, 1840 del de Campeche y otros.

CAPITULO IV.

De la fianza legal y judicial.

Art. 1854. El fiador que haya de darse por disposición de la ley ó de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el arículo 1828.

Al comenzar nuestro Código el estudio de la fianza legal y judicial, nos presenta en el primer articulo de este capitulo 4.°, ó sea en el 1854, un precepto que, por lo inconcuso, innecesario era consignarlo; pues no ha de presumir ninguno que bien discurra que el fiador legal y el judicial están exentos de los requisitos que la ley exige á todo fiador, ni ha de creerse, lógicamente pensando, que quien no tenga capacidad para contratar, quien no pueda obligarse y

Digitized by Google

carezca de bienes con que responder de sus propias obligaciones, quien en general no pueda ser fiador común, ú ordinario ó convencional, pueda ser fiador legal y judicial; pues estas fianzas deben ser mas rigurosas que las ordinarias, y por ello necesitan condiciones legales para llenar su cometido.

Asi es que el Proyecto de 1851, en el segundo apartado del art. 1768, proponia se exigiese además al fiador judicial capacidad de apremio personal cuando el deudor estuviese sujeto á él por razón de su deuda, estableciendo diferencias entre estas fianzas y la convencional; pues realmente deben ser mas fuertes los vinculos y mayores las seguridades en las obligaciones que se contraen con la justicia.

Idénticos preceptos vemos en los arts. 1885 del Código de Campeche, 1769 del de la Baja California, 1885 del de México, y concuerda con los arts. 2255 del de Veracruz-Llave, 1522 del de Vaud, 3033 del de la Luisiana, 1921 del de Italia, 2049 del de Bolivia, último apartado del art. 2336 del Código de Chile, 2040 del de Francia, casi igual al citado Proyecto de 1851, como idéntico al art. 2040 del de Bélgica.

Art. 1855. Si el obligado á dar fianza en los casos del artículo anterior no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación.

Como que el objeto de la fianza no es otro que el aseguramiento de la obligación principal contraida, creemos que, si cualquiera que se hubiere obligado á presentar un fiador no lo encontrara, debe admitírsele en su lugar una prenda ó hipoteca suficiente á satisfacer el cumplimiento de la obligación.

Sostienen algunos que esta sustitución solo cabe en las fianzas legales y judiciales por cuanto este artículo se refiere al anterior, y porque en la convencional el acreedor que quiso y pactó expresamente el afianzamiento, puede exigir el cumplimiento de lo pactado, pero realmente una buena hipoteca ha de proporcionarle mayores ventajas.

Precedentes encontramos en la ley 41, tit. 2.º, Part. 3.ª, en la que se admitia la caución juratoria, cuando el deudor no encontraba fiador y carecia de bienes.

El proyecto de 1851, en su art. 1769, propuso un precepto idéntico, y concuerda con los arts. 2041 del Código de Francia, 1922 del de Italia, 2041 del de Bélgica, 3034 del de la Luisiana, 1867 del de Holanda, de donde parece tomado el nuestro; 2053 del de Bolivia, 1523 del de Vaud, 1886 del de México, 1770 del de la Baja California, 1886 del de Campeche y otros.

Art. 1856. El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal.

Digitized by Google

El subfiador, en el mismo caso, no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador.

El primer apartado de este artículo reconoce por causa, que como el fiador judicial ha de ser capaz de apremio personal cuando el deudor principal esté sujeto á él por razón de su deuda, para nada necesita la excusión; y aunque los casos de fianza judicial pueden ser muchos, en el usufructo por ejemplo, en todos ellos huelga la excusión.

Los efectos de la fianza judicial se rigen por las leyes de procedimientos, según algunos Códigos extranjeros, entre ellos los de la Luisiana, Francia y Bélgica.

El subfiador no puede tener más derechos ni ser de mejor condición que el fiador, cuya responsabilidad y obligaciones tomó sobre si, y aquí vemos la razón del segundo apartado de nuestro Código, de que el subfiador no pueda pedir ni la excusión del deudor ni la del fiador; pues existen las mismas razones del más saludable rigor que excluyen la excusión del deudor, pues aunque parece y es especialisima, ha de comprenderse que donde hay fianza judicial ha debido generalmente de procederse ya contra el deudor principal, y por consiguiente, pasado ya el termino de la excusión, no puede nacer en el fiador judicial un derecho que no puede ejercitarse ya en el momento de su nombramiento y como ese afianzamiento judicial se utiliza para evitar las consecuencias del procedimiento, de aquí el que ni quepa excusión, ni sea evitable al fiador el apremio personal á que el mismo deudor principal se sujetó por razón de su deuda; pero la durisima condición en que se coloca al fiador judicial de obligado solidariamente con el deudor, no le priva de los demás derechos que todo fiador convencional tiene contra el deudor principal por quien se obligó, como la oposición de todas las excepciones que el deudor pudiera oponer á la acción del acreedor, (no siendo de carácter puramente personal), y el derecho de repetir contra el deudor para el reembolso de lo que por él hubiera pagado, gastos é indemnización de perjuicios.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tit. 5.º, lib. 46, y 52.ª, tit. 1.º libro 45 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1770, propuso un precepto idéntico, y concuerda con los arts. 2042 y 2043 del Código de Francia, 1923 y 1924 del de Italia, 2042 y 2043 del de Bélgica, si bien en el 1924 del de Italia se previene que el que únicamente haya garantido al fiador judicial podrá pedir la excusión del fiador. Concuerda también con los arts. 2052 del Código de Bolivia, 1524 del de Vaud, 3035 y 3036 del de la Luisiana, 1887 y 1888 del de México, 1771 y 1772 del de la Baja California, 1887 y 1888 del de Campeche, 2257 del de Veracruz-Llave y otros.

Digitized by Google

TÍTULO XV.

De los contratos de prenda, hipoteca y antricresis.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones comunes á la prenda y la hipoteca.

Art. 1857. Son requisitos esenciales de los contratos de prenda é hipoteca:

1.° Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

2.° Que la cosa ignorada ó hipotecada pertenece en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

3.° Que las personas que constituyan la prenda ó hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes ó en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto.

Las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando ó hipotecando sus propios bienes.

El Código dedica este título 15 á los contratos de prenda, hipoteca y antieresis, dividiendolo en cuatro capitulos; uno, el primero, destinado á las disposiciones comunes de la prenda y de la hipoteca; otro, el 2.°, que trata de la prenda separadamente, el 3.° que se ocupa de la hipoteca, y el 4.° que estudia una materia no bien deslindada hasta ahora, que es la antieresis.

Y al tratar de este modo tales materias, se separa algún tanto de lo que el Proyecto de Código de 1851 propuso, pues proponia el establecimiento del título 18 para tratar de la prenda, el 19 para el estudio de la hipoteca, bastante minuciosamente, supliendo así la falta de ley Hipotecaria en aquella epoca, y título 20 al Registro público, sin ocuparse aquél de la antieresis.

Entre las disposiciones generales que nuestro Código dicta para la prenda y la hipoteca, figuran en primer término los requisitos indispensables de dichos contratos, que bien determinados están en el artículo 1857 que al presente debe ocuparnos.

Los puntos de contacto entre la prenda y la hipoteca son tantos, que di-

Digitized by Google

rante mucho tiempo se vieron confundidos y hoy mismo no falta quien los considera como una misma cosa, como la responsabilidad y garantía material del exacto cumplimiento de una obligación.

Mas los adelantos de la época y los progresos de la ciencia del derecho han venido á marcar una línea divisoria bien determinada por cierto entre ellos, y le han dado, dentro de las legislaciones positivas, un ámplio desarrollo tan técnico, preciso y amplio como las necesidades de la vida moderna lo exigian, dejando ancha base para su perfección y engrandecimiento.

Poderosos auxiliares de la contratación encontramos en la prenda y en la hipoteca; el desarrollo de los negocios y la circulación de la riqueza dependen en parte de las intrínsecas condiciones de tales contratos, puesto que si las disposiciones legales porque se rigen tienden á procurar la mayor seguridad en el afianzamiento de las obligaciones, necesariamente deberá obtenerse la más firme base en que apoyar el crédito territorial y agrícola.

La semejanza entre la prenda y la hipoteca hacen que el legislador dicte disposiciones comunes á ambos en este capítulo. Las dos se establecen como contratos accesorios por su naturaleza, pues ambas vienen á asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y por el primer requisito esencial que en el art. 1857 de nuestro Código se señala en tales contratos de prenda é hipoteca, es que se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y como las cosas dadas en prenda ó empeñadas responden de dicho cumplimiento, pasando á ser propiedad del acreedor si la obligación principal no se realiza, evidente es lo que determina el 2.° número de dicho art. 1857 como requisito esencial en los mencionados contratos, que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca; pues hay en esto una verdadera enajenación por parte del que tales aseguramientos otorgó.

Respecto del tercer requisito, no hay que esforzar mucho al ánimo para que cualquiera se convenza de que no solo es necesario ser dueño de las cosas pignoradas ó hipotecadas, según dejamos expuesto, sino que es además indispensable que esas personas tengan la libre disposición de sus bienes, ó, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas para ello, pues de no concurrir estas circunstancias la prenda ó la hipoteca resultaría ineficaz, puesto que prestada por quien no podia prestarla, adoleceria de vicio de nulidad; siendo esencial también en ambos contratos que vencida la obligación principal puedan ser vendidas las cosas dadas en prenda ó las hipotecadas, para aplicarlas al pago de dicha obligación principal, sin que pueda esto efectuarse antes del cumplimiento del plazo, pues el acreedor mientras el dia del cumplimiento viene no es mas que un mero depositario de la cosa dada en prenda. Y no solo puede constituirse la prenda ó la hipoteca por el mismo que contrajo la obligación principal, sino por un tercero.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, 18.ª y 33.ª, tit. 1.º, lib. 20 del Digesto; 1.ª y 2.ª, tit. 33, lib. 8.º del Código Romano.

El Proyecto de 1851, en su art. 1773, propuso preceptos análogos en parte al que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 20 y 126 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponden á los arts. 28 de la de Cuba y Puerto Rico, 29 de la de Filipinas, 140 de la de Cuba, y 134 de la de Puerto Rico y Filipinas.

Concuerda, mejor dicho tiene alguna analogía con los arts. 2076 del Código de Francia, 1984 del de Guatemala, 2254 y 2255 del del Uruguay, 859, 894 y 895 del de Portugal, 2385, 2387 y 2388 del de Chile, 3129 del de la Luisiana, 1561 del de Vaud, 2260 y 2261 del de Veracruz-Llave, y otros.

Para que la semejanza entre la prenda y la hipoteca resulte mas patente, consignaremos sus definiciones. La prenda es el derecho concedido al acreedor de retener en su poder la cosa mueble que se le entrega para la seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de cobrar éste, en otro caso, con el importe de la misma cosa recibida en prenda, según la forma que determina la ley.

La hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles que se sujetan al cumplimiento de una obligación.

Los dos son derechos reales; los dos se constituyen en garantía de una obligación propia ó de un tercero; en los dos la cosa pignorada ó la hipoteca, puede aplicarse su producto al crédito ó cumplimiento de la obligación principal; los dos crean obligaciones subsidiarias: los dos derechos son por lo tanto accesorios; pero el uno se refiere á las cosas muebles y por él se entrega la cosa pignorada al acreedor; mientras el otro se refiere á los inmuebles y los grava, pero sin que el deudor pierda ni aun su dominio material.

Art. 1858. Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda ó hipoteca para pagar al acreedor.

Si lo que previene este artículo no pudiera realizarse, de nada serviría la prenda y la hipoteca: serían unos contratos de puro adorno, pero ilusorios. Ya lo hemos dicho antes.

Precedentes encontramos en las leyes 41 á la 43, tit. 13, Part. 5.ª, art. 37 de la ley de Bolsa de 8 de Febrero de 1854; artículo 4.º del Decreto de 12 de Enero de 1869; art. 323 del Código de Comercio; y en el art. 131 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponde al art. 145 de la de Cuba y 139 de las de Puerto Rico y Filipinas.

Art. 1859. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca, ni disponer de ellas.

Digitized by Google

Ya hemos dicho antes, aunque el acreedor tenga la cosa pignorada como una especie de depósito y grave una finca con una hipoteca, no puede apoderarse de tales bienes; y solo cuando ha llegado ó venido el dia de su cumplimiento es cuando puede pedir que se venda con arreglo á la ley y se aplique su importe al cumplimiento de la obligación que espontáneamente no se cumplió.

Precedentes encontramos en la ley 9.ª, tit. 13, Part. 5.ª

Concuerda con los arts. 2004 del Código de Guatemala, aunque refiriéndose solo á la prenda, 2262 del del Uruguay con igual limitación, 864 del de Portugal, apartado 2.º del art. 2397 del de Chile, 2265 del de Veracruz-Llave, 2078 del de Francia, 1917 al 1919 del de México, 1800 al 1802 del de la Baja California, 2078 del de Bélgica, 1917 al 1919 del de Campeche, y otros; debiendo insistir en que todos se refieren exclusivamente á la prenda.

Art. 1860. La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor ó del acreedor.

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda ó la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda, devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.

Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca ó en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.

El deudor, en este caso, tendrá derecho á que se extingan la prenda ó la hipoteca á medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

La razon de los preceptos que entraña este articulo es que, recibiendo como recibe el acreedor la prenda y la hipoteca en su totalidad de una sola mano, se considera como depositario de la primera, como gravador de la finca en que se constituye la segunda; y por tanto, no puede ser compelido á partir sus derechos, y á restituirla de un modo diferente del que la recibió sin haber sido pagado íntegramente, aunque la misma cosa pignorada ó hipotecada sea divisible. Por esta razón uno de los herederos del deudor que haya pagado su parte en la deuda, para que pueda pedir la restitución de su parte de prenda, ó la cancelación de su parte de hipoteca deberá justificar que se le adjudicó

Digitized by Google

separadamente de los demás; y uno de los herederos del acreedor, á quien haya sido pagada su parte en el crédito, no podrá restituir la prenda, ni cancelar la hipoteca en perjuicio de sus coherederos.

Solo admite nuestro Código una excepción, y es la del caso en que siendo varias las cosas dadas en prenda ó en hipoteca, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito, pues entonces ya no hay la solidaridad que en general se constituye en estos contratos, sino que cada una de las fracciones del todo del crédito, puede considerarse como deudas diversas con garantías diferentes; y por ello, en este caso, el deudor tendrá derecho á que se extingan la prenda ó la hipoteca, á medida que satisfaga la parte de deuda de que especialmente responda cada cosa.

Precedentes encontramos en la ley 65, tit. 2.°, lib. 21 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en sus arts. 1780 y 1798, propuso preceptos análogos á los tres primeros apartados del art. 1860 que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 119 al 125 de la Ley Hipotecaria peninsular los cuales corresponden á los arts. 133 al 139 de la Cuba y 127 al 133 de las de Puerto Rico y Filipinas; y 97, 99 al 101 del Reglamento para la ejecución de la primera.

Concuerda con los arts. 2083 y párrafo 2.° del 2114 del Código de Francia, 1889 del de Italia, 2083 y párrafo 2.° del 2114 del de Bélgica, 2273 y 2292 del del Uruguay, 893 del de Portugal, 2405 del de Chile, 1567 del de Vaud, 3138 del de la Luisiana, 3112, 3233 y 3239 del de la República Argentina, 1924, 1954 y 1959 del de Mexico, 1807, 1837 y 1842 del de la Baja California, 1924, 1954 y 1959 del de Campeche, sosteniendo todo los Códigos que la prenda y la hipoteca son indivisibles por su naturaleza.

Art. 1861. Los contratos de prenda ó hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria.

Es de buen sentido que la prenda ó la hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria, porque la condición de las obligaciones no afecta á su seguridad y garantía del cumplimiento.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, 5.ª y 33, tit. 1.°, lib. 20; 2.ª, tit. 3.°, lib. 20; 13, tit. 6.°, lib. 12.°; 9.ª, tit. 6.°, lib. 14 del Digesto, y en algunas disposiciones del Código Romano.

Está en relación el precepto que nos ocupa, con los arts. 1113 al 1124 de este mismo Código, y 105 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponde al 113 de la de Cuba, y al 113 de la de Puerto Rico y de Filipinas.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2256 del Código del Uruguay, 1889 y 1940 del de México, 1773 y 1823 del de la Baja California, 1889 y 1940 del de Campeche y otros.

Art. 1862. La promesa de constituir prenda ó hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurriere el que defraudase á otro ofreciendo en prenda ó hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, ó fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

Lógico es que la promesa de constituir prenda ó hipoteca produzca solamente acción personal entre los contratantes, pues la oferta de realizar un contrato jamás produce acción real, por la sencilla razón de que es puramente personal esa promesa, sin que por ello queden impunes los delitos que se cometen, pues deberá sacarse el tanto de culpa en cuanto se observe para que se haga aplicación del art. 550 y demás concordantes del Código penal.

Concuerda en parte con el art. 2260 del Código del Uruguay y otros.

CAPITULO II.

De la prenda.

Art. 1863. Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, ó á un tercero de común acuerdo.

Es decir, que la prenda de que trata separadamente este cap. 2.°, necesita como requisito esencial propio, la entrega material de la cosa pignorada, bien al mismo acreedor, bien á un tercero en quien de comun acuerdo se deposite.

Sin entretenernos aquí en lucubraciones más ó ménos luminosas acerca de la historia jurídica social de la prenda, sin recordar siquiera lo que fué en los primeros tiempos de la Ciudad eterna, ni las racionales reformas introducidas en ella por la ley Papiria, ni de las modificaciones inspiradas por el célebre Servio, hemos de limitarnos á expresar que de la definición que en otro lugar dejamos sentada, se desprende la necesidad de la entrega de la cosa pignorada para que la prenda exista.

Digitized by Google

No hay para que poner en confusiones á nuestros lectores con el recuerdo de lo que pasó para no volver jamás; en una obra de esta naturaleza, no es la historia lo que facilita siempre el estudio del derecho moderno; no es la reproducción de lo ya caduco, es la interpretación de los preceptos del derecho vigente, la exposición de las dificultades que pueden presentarse en la aplicación de ese derecho, los medios de evitar esas dificultades.

La prenda tal cual la definia el Proyecto de Código de 1851, en su art. 1771, determina sus requisitos propios, y como uno de tantos esencialísimo es la entrega de la cosa pignorada.

Verdaderos precedentes no pueden citarse, pues casi hasta nuestra época confundidas se han visto la prenda y la hipoteca, pues ni aun apenas se ve distinción en las leyes del tit. 6.°. lib. 5.° del Fuero Juzgo, tit. 5.°, lib. 3.° del Fuero viejo; tit. 15, lib. 3.° del Fuero Real, y tit. 13, Part. 5.ª, especialmente la 1.ª de este título y Partida, que son las que acertadamente de las disposiciones de nuestro antiguo derecho se ocuparon de tales contratos.

Están en relación con el art. 1863 que de nuestro Código comentamos, el 1191 relacionado este con los arts. 430 y 438 del mismo Código, y los arts. 321 y 322 del Código de Comercio; si bien como dice el 321, se hará la transferencia á favor del prestador, aunque ésta no lleva consigo la transmisión de la propiedad.

Concuerda con los arts. 558 del Código de Portugal, 2396 del de Chile, 2361 del del Uruguay, 1983, y principalmente el apartado 2.° del 1987 del de Guatemala, 3204 del de la República Argentina, 2260 del de Veracruz-Llave, 1196 del de Holanda, 2071 del de Francia, 1892 del de México, 1776 del de la Baja California, 2071 del de Bélgica, 1892 del de Campeche y otros; en la mayor parte de los cuales, y muy especialmente en los de Portugal, Chile, Uruguay, México, Baja California y Campeche, se previene que el contrato de prenda solo puede producir sus efectos por la entrega de la cosa empeñada, y su permanencia en poder del acreedor; y así se proponía también en el n.° 2.° del art. 1773 del Proyecto de 1851.

Art. 1864. Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.

Dada la separación que ante el Derecho moderno se viene lógicamente haciendo de la prenda y la hipoteca, y la definición técnica que de cada uno de dichos contratos se da, no cabe duda que solo pueden darse en prenda las cosas muebles que están en el comercio de los hombres, y que sean susceptibles de posesión. En esto están conformes la mayor parte de los Códigos modernos,

Digitized by Google

si bien algunos admiten también la anticresis romana ó sea la posesión de la cosa inmueble; y otros, como el de Vaud y el de Austria, lo prohiben.

Los precedentes de este precepto son muy varios y contradictorios, pues mientras de la ley 238, párrafo 2.°, tit. 16. lib. 50 del Digesto se deduce que la prenda solo se admitia con relación á las cosas muebles, las leyes 6.ª, párrafo 1.°, 8.° proemio; 25.ª, tit. 7.°, lib. 13; 11.ª, párrafos 1.° y 2.°; 12.ª y 31.ª, tit. 1.°, lib. 20 del mismo Digesto; y las leyes 4.ª y 7.ª, tit. 24, lib. 4.° del Código romano, aplicaban la prenda á las cosas incorporales; y la ley 1.ª, tit. 13, Part. 5.ª, admitia para prenda lo mismo las cosas muebles que las raices.

Por esto nuestro Código ha venido á sacarnos de tan espantosa confusión, aclarando tan erróneos conceptos y determinando lo que solo puede prescribirse lógicamente, y lo que consecuencia ineludible es del anterior artículo; pues si la entrega de la cosa pignorada es requisito esencial en el contrato de prenda, para que dicha entrega sea verdadera, la cosa debe ser mueble, de las que están en el comercio de los hombres, y de las que son susceptibles de posesión, porque lo que no tiene estas condiciones, no puede entregarse á persona alguna.

El Proyecto de 1851, en su art. 1772, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 335, 336, 430 al 432 y 438 de este mismo Código, y con el 320 del de Comercio.

Concuerda con los arts. 856 del Código de Portugal, 1983 del de Guatemala, 2253 y 2259 del del Uruguay, 1196 al 1199 del de Holanda, 3211 del de la República Argentina, 2384 del de Chile, 2259 del de Veracruz Llave, primer apartado del 2072 del de Francia, 1878 del de Italia, apartado 1.° del 2072 del de Bélgica y otros.

Art. 1865. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha.

Este es uno de los contratos para cuya eficacia, con relación á tercero, la ley exige se haga constar en instrumento público la certeza de la fecha. Sin esta precaución, un deudor de mala fe, en el momento que viera que sus bienes muebles van á ser puestos bajo la férula de la justicia, lograría sustraerlos de la acción de los acreedores, con criminales inteligencias y alteraciones de mal género. Por esto los autores franceses aconsejaron que este contrato de prenda se otorgue siempre por escrito, pues de otro modo se hace difícil la determinación de la fecha, y más difícil aun su prueba, pues en la mayor parte de los casos no seria fácil encontrar los testigos ante quien se constituyó aquella relación jurídica.

Nosotros creemos que éste, como la mayor parte de los contratos, deben

Digitized by Google

consignarse en escritura pública, expresando todas sus circunstancias esenciales; y en éste muy principalmente la declaración de la deuda porque se constituye la prenda, su fecha y la designación de la cosa que se da en prenda.

No tenemos precedentes en el Derecho antiguo, pues según las leyes 4.ª, título 1.º, lib. 20 del Digesto; y 6.ª, tit. 13, Part. 5.ª, podia celebrarse tal contrato de prenda lo mismo con escritura que sin ella.

El Proyecto de 1851, en el primer apartado de su art. 1774, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 1216 al 1218, 1225 y 1227 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2074 del Código de Francia, 1880 del de Italia, 2074 del de Bélgica, 3217 del de la República Argentina, 858 del de Portugal, 2093 del de Bolivia, 3125 del de la Luisiana, 1559 del de Vaud, 1986 del de Guatemala, siempre que su valor exceda de 500 pesos, 1905 del de México, 2262 del de Veracruz-Llave, en cuanto exceda de 200 pesos, 1788 del de la Baja California, 1905 del de Campeche y otros; abundando todos en los mismos principios; pues como la prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar sobre la cosa que constituye su objeto con preferencia y privilegio á los demás acreedores, no debe tener lugar este privilegio sino cuando existe un documento público que contenga la declaración de la deuda, la naturaleza y especie de las cosas pignoradas y las demás condiciones del contrato, por que de lo contrario, terceros acreedores del que dió la prenda, podrian quedar perjudicados.

De manera, que la prenda produce un doble efecto, el uno respecto del deudor á quien obliga, cualquiera que sea la prueba legal que de la existencia del contrato se utilice; el otro, con relación á terceras personas que no pueden ejercer ningún derecho en la cosa dada en prenda, sino cuando al acreedor pignoraticio le ha sido pagado su crédito.

Art. 1866. El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder ó en el de la tercera persona á quién hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda á la seguridad de la segunda deuda.

La primera parte de este artículo se desprende de la propia definición que de la prenda hemos dado. Por ella y por el concepto que envuelven los preceptos de los modernos Códigos, sacamos en consecuencia que un deudor entrega una cosa en prenda para la seguridad de una deuda, ó la deposita en tercera

Digitized by Google

persona de acuerdo con su acreedor para que á su crédito sirva de garantía, cuya retención subsistir debe hasta que el pago de la deuda se hubiere realizado, pues hasta entonces no desaparece su razón de ser.

El segundo apartado de este artículo es más cuestionable; tanto, que por muchos se ha impugnado por desfavorable y gravoso para el deudor, y mucho más para terceros acreedores, por más que se funde en la verosímil presunción de que tal prórroga á un tácito asentimiento de los contratantes es debida.

Convendremos en que está dentro de lo razonable tal presunción; en que bajo la idea de ese consentimiento tácito ó presunto, el deudor no sufre perjuicio, porque la prenda hija de una convención expresa se extienda á la responsabilidad de una segunda deuda exigible antes de haberse pagado la primera, pues si el acreedor no pide otra prenda para la seguridad de esa posterior obligación, será por conceptuar que la prenda constituida antes basta para la seguridad y pago de las dos deudas. Hasta aquí estamos perfectamente de acuerdo con varios tratadistas que defienden el 2.° apartado del art. 1866 que comentamos; pero como ya hemos dicho que la prenda tiene que mirarse bajo dos aspectos, con relación á los derechos y obligaciones que nacen entre el acreedor y el deudor, y respecto á terceras personas, dicha disposición puede perjudicar y perjudicará seguramente á terceros acreedores, pues un nuevo contrato por el que un deudor contrae una nueva deuda con una persona, retrotrae sus efectos á la fecha del primero en que se constituyó la prenda, y retrotrayendo sus efectos, según el precepto que nos ocupa, como que el acreedor que obtiene una prenda se hace de preferente derecho á los demás acreedores, respecto al valor de la cosa pignorada, perjudicará á los acreedores que tuvieren derechos anteriores á la segunda deuda creada en favor del que obtuvo la prenda. Un ejemplo quizá haga más comprensible nuestra idea. Juan presta á Diego 3,000 pesetas para pagarlas el 2 Enero de 1892, y éste le da en prenda un mueble que vale 5,000 ptas. con fecha 11 Abril de 1891. Juan contrae nuevas deudas con Santiago y Pedro, en 1.° Mayo de 1891, y más tarde, el 15 Julio le pide á Diego otras 1,000 ptas., que éste le presta con tal que se las pague el 15 Diciembre de 1891. Conforme lo prevenido en el precepto que nos ocupa, la prenda valorada en 5,000 ptas., no solo responde de las 3,000 ptas., primer préstamo de Diego, sino que también del 2.° préstamo hecho por el mismo Diego con posterioridad á los efectuados por Santiago y Pedro; por lo tanto, si aplicamos este precepto, como que la prenda constituida en 11 Abril por su primer crédito de 3,000 pesetas, le da prioridad en el valor de la cosa pignorada sobre los otros acreedores, podría perfectamente cobrarse en 2 Enero del 92 sus 3,000, ptas. caso de incumplimiento expontáneo por parte de su deudor, quedando un remanente de 2,000 ptas. que podrían embargar y aprovechar los demás acreedores; pero desde el momento que Diego puede retrotraer los efectos del segundo contrato de préstamo (posterior á los de Santiago y Pedro) á la época del primer con-

Digitized by Google

trato, y la prenda constituida en 11 Abril de 1891, no solo responde de las 3,000 pesetas, objeto del primer contrato, sino de las 1,000 del último préstamo con lo cual no cabe duda que se perjudica á los acreedores intermedios anteriores en tiempo, y por consiguiente de mejor derecho respecto al 2.° crédito del Diego.

Por esto hemos expuesto que no es extraño se haya combatido tal disposición, pues tiene sus puntos negros, mucho más no excepcionando los casos en que hubiere otros acreedores de preferente derecho.

Precedentes vemos del primer apartado, en las leyes 5.ª, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 20; 238, párrafo 2.°, tit. 16, lib. 50 del Digesto, y las del tit. 13, Part. 5.ª, y del 2.° extremo la ley única, tit. 27, lib. 8.° del Código romano, y la 22, tit. 13, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos en sus arts. 1771 y 1779.

Concuerda con los arts. 1879 y apartado 2.° del 1888 del Código de Italia, 1196 y 1205 del de Holanda; 2071, 2073 y párrafo 2.° del 2082 del de Francia; 1557 y 1558 del de Vaud; 2071, 2073 y párrafo 2.° del 2082 del de Bélgica; 1988 del de Guatemala, 2258 del del Uruguay, 2396 del de Chile; 2087, 2088 y 2105 del de Bolivia; art. 1.°, tit. 20, parte 1.ª del de Prusia; 447 del de Austria, 3218 del de la República Argentina, 2269 del de Veracruz-Llave; y en contra de tal disposición del 2.° apartado dicho, parece se encuentran los arts. 1916 del de Mexico, 1799 del de la Baja California y 1916 del de Campeche.

Art. 1867. El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida ó deterioro conforme á las disposiciones de este Código.

El precepto que acaba de consignarse no necesita comentario, pues sabido que el depositario como el que recibe una cosa en prenda, como todo aquel que se encarga de una cosa para devolverla á su dueño, debe considerarla como un buen padre de familia, y responde de su pérdida ó deterioro sujetándose á las reglas generales establecidas en este Código, si bien tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación.

Precedentes encontramos en las leyes 15 y 24, párrafo 3.°, tit. 7.°, lib. 13; 6.°, tit. 14, lib. 8.° del Código romano; párrafo 4.°, tit. 15, lib. 3.° de la Instituta, 20 y 21, tit. 13, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1776, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 1122, 1123, 1774, 1777, 1779 y 1780 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2080 del Código de Francia, 1885 del de Italia,

Digitized by Google

del de Bélgica, 1993 y 1994 del de Guatemala, 2265 del del Uruguay, 2394 del de Chile, núm. 1.° del 861 del de Portugal, 2096 al 2098 del de Bolivia, 3135 del de la Luisiana, 1203 del de Holanda, 1565 del de Vaud, 3225 y 3228 del de la República Argentina, 1909 del de México en su num. 1.°; 1792 del de la Baja California en su núm. 1.°; primer número del 1909 del de Campeche, 2266 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1868. Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, ó en cuanto excedan de los legitimamente debidos, los imputará al capital.

Tan claro y de buen sentido es este precepto que no necesita comentario, aunque generalmente se darán pocos casos en que los cosas pignoradas produzcan interés; si bien puede referirse, y se refiere indudablemente á los créditos que se dan en prenda y que producen intereses; pero el legislador ha querido usar la frase genérica *si la prenda produce intereses* por si ocurriera algún caso aplicable, aunque raro, en que la cosa mueble produzca frutos ó intereses.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tit. 24, libro 4.° del Código romano; 5.ª, parrafo 3.°, tit. 3.°, lib. 46 del Digesto; y 20, tit. 13, part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1777, propuso un precepto análogo; y concuerda con los arts. 2081 del Código de Francia, 1886 del de Italia, 2081 del de Bélgica, 867 del de Portugal, 2272 del del Uruguay, 2403 del de Chile, 2101 del de Bolivia, 1204 del de Holanda, 3136 del de la Luisiana, 3231 del de la República Argentina, 1913 del de México, 1796 del de la Baja California, 1913 del de Campeche, 2267 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1869. Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella.

Esto no osbtante, el acreedor podra ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla ó defenderla contra tercero.

Ya lo dijimos antes, la transferencia material, la tradición de la cosa no transmite el dominio al acreedor, como no se transmite al depositario en el depósito, contrato el más parecido al que ahora nos ocupa. El deudor sigue en pleno dominio de la cosa pignorada, por más que ésta se halla afecta á una responsabilidad para el caso de incumplimiento de una obligación. Pero como la guarda, como la conserva, y cuidarla debe como un buen padre de familia cuida las suyas propias, de aquí el que el acreedor pueda ejercitar todas las acciones que al dueño de la casa pignorada competen para reclamarla ó defenderla de un tercero.

Digitized by Google

Está en relación el art. 1869 que nos ocupa con el 321 del Código de Comercio; y concuerda con los arts. 1989 del de Guatemala, 1263 del del Uruguay, 2393 del de Chile, núm. 2.° del 860 del de Portugal, 2079 del de Francia y otros.

Art. 1870. El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, y si lo hiciere ó abusase de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito.

El acreedor como el depositario no pueden usar de la cosa que en su poder conserva por prenda ó por depósito, si no es con la expresa autorización del dueño, desnaturalizando así la índole del contrato. Por esto, que es de buen sentido, cuando usare ó abusare el acreedor de la cosa pignorada, el deudor puede pedir se constituya en depósito la prenda.

Alguna analogía se encuentra en la última parte del art. 1778 del Proyecto de 1851; y concuerda con los arts. 1995 al 1997 del Código de Guatemala, párrafo segundo del 2265 del del Uruguay, 2395 del de Chile, 862 del de Portugal, 1687 del de Italia, 1205 del de Holanda, 3230 del de la República Argentina, 1910 del de México, 1793 del de la Baja California, 1910 del de Campeche y otros.

Art. 1871. No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

Es tan natural y lógico lo que aquí se preceptúa, que no tiene réplica; si se la da en garantía y como seguridad del cumplimiento de una obligación, incon cuso es que mientras la obligación no quede cumplida por el deudor, éste no puede pedir la restitución de la prenda. Y en cuanto á los intereses y expensas es también indispensable su pago, porque los intereses no solo pueden considerarse como accesorios del contrato principal, sino como parte de la misma deuda; y las expensas porque si fué necesario adelantarlas para la defensa y conservación de la casa pignorada, preciso y justo es su reintegro, como en el comodato, pues tales impensas ó expensas, como dice nuestro Código, merecen una especial protección, toda vez que sin ellas la cosa dada en prenda hubiera perecido para su dueño, que es el deudor, y por lo tanto él solo es responsable de las mismas.

Precedentes encontramos en la ley 9.ª, párrafo 3.° al principio; tít. 7.°, lib. 13 del Digesto; 11.ª, párrafos 2.° y 5.°; 20, párrafo 2.°; 24, tít. 7.°, lib. 3.° del Digesto; 13, 21 y 36, tít. 13, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1778, propuso un precepto análogo al que nos

Digitized by Google

ocupa que en relación está con los arts. 1157 y 1191 de este mismo Código, 320 y 324 del de Comercio.

Concuerda con los arts. 2082 del Código de Francia, 1205 del de Holanda, 2082 del de Bélgica, 2001 del de Guatemala, 2266 del del Uruguay, 2396 del de Chile, 870 del de Portugal, 1888 del de Italia, en su primer apartado; 2112 del de Bolivia, 3131 del de la Luisiana, 1556 del de Vaud, núm. 2.° del 1909 del de México, núm. 2.° del 1792 del de la Baja California, núm. 2.° del 1909 del de Campeche, 2268 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1872. El acreedor á quién oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario á la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado á dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio.

Es justo lo que aquí se previene y responde al objeto de la prenda. No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le concede sobre el precio de la cosa pignorada, puede pedir que se efectúe su venta en público remate con citación del deudor y del dueño de la prenda, si fuese un tercero quien la hubiere constituido ó pactado. Y si en la primera subasta no hubiere postor, podrá celebrarse una segunda con idénticas formalidades, y caso de no dar ésta tampoco resultado, podrá el acreedor quedarse en pleno dominio con la cosa pignorada, si bien dando carta de pago de todo el crédito. Más si la prenda consistiese en valores cotizables se venderá en la forma prevenida en el art. 323 y demás concordantes del Código de comercio; es decir, presentando el prestador, durante la Bolsa siguiente al dia del vencimiento del préstamo, la póliza á la Junta sindical, la que hallando conforme su numeración, enajenará las garantías, cuya realización aquél solicite en la cantidad necesaria para cubrir el crédito, por medio de agente colegiado en el mismo día si fuere posible, y si no en el siguiente.

Precedentes encontramos en las leyes 41 y siguientes, tit. 13, Part. 5.ª

Concuerda con los arts. 3224 del Código de la Baja California, 2005 y 2006 del de Guatemala, 2267 del del Uruguay, 2397 del de Chile, 863 del de Portugal,

Digitized by Google

3132 del de la Luisiana, 1200 del de Holanda, 1917 del de México, 1800 del de la Baja California, 1917 del de Campeche, 2265 del de Veracruz-Llave, 2078 del de Bélgica, 1884 del de Italia, 2078 del de Francia, encontrándose establecida esta misma doctrina entre los franceses, por varias sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre otras, la de 25 Marzo de 1835.

Art. 1873. Respecto á los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto ó profesión prestan sobre prendas, su observarán las leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subdiariamente las disposiciones de este título.

Nada puede decirse de este precepto por ser de pura referencia á las disposiciones especiales dictadas para regular los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos de esta índole, de lo cual ya nos ocupamos al tratar del contrato de préstamo en el art. 1757, y al estudiar las obligaciones en general en el art. 1109 de este mismo Código, sin que deje de tener relación con el art. 464 de dicho Código; pues expresa que tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del gobierno, obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

El Proyecto de 1851, en su art. 1781, propuso un precepto idéntico, y en relación está con el Reglamento de 23 Enero de 1873 y Estatutos aprobados por Real decreto de 13 Julio de 1880 para el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid, Estatutos del Banco de España de 10 Agosto de 1875 y su Reglamento de 1.° de Mayo de 1876.

Concuerda con los arts. 2084 del Código de Francia, 1890 del de Italia, 2084 del de Bélgica, 1207 del de Holanda, 2277 del del Uruguay, 2271 del de Veracruz-Llave, 1926 del de México, 1809 del de la Baja California, 1926 del de Campeche y otros.

CAPITULO III.

De la hipoteca.

Art. 1874. Sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca:

1.° Los bienes inmuebles.

2.° Los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, é impuestos sobre bienes de aquella clase.

Digitized by Google

Al estudiar en este capítulo tercero la hipoteca, empieza con el art. 1874 á determinar lo que puede ser objeto de ella, consignándose en primer lugar los bienes inmuebles, que son los que como tales señala el art. 334 de este mismo Código; y en segundo término los derechos reales enajenables conforme á las leyes, impuestas sobre bienes de aquella clase.

La hipoteca que ya definimos al ocuparnos de los requisitos comunes á ésta y á la prenda, y cuyos diferentes caracteres también señalamos entonces, esbozando ligeramente un estudio comparativo, es de tal importancia, que no pudo menos de ser objeto de una ley especial, por todos apetecida, la cual consignamos con sus notas correspondientes y con las concordancias entre la peninsular y las que después se dictaron para Cuba, Filipinas y Puerto Rico; por eso huelga aquí toda consideración general que se haga acerca de la hipoteca, cuando digna es de los más profundos estudios y cuando como derecho constituido de mera aplicación en la práctica son sus preceptos, y los de este capítulo, que relacionados armónicamente, podrán dar el mejor resultado.

Reproducción de aquella ley la mayor parte de las prescripciones de este capítulo, no han de consignarse nuevamente; bástanos citar sus referencias; mucho más, cuando considerándola como una rama accesoria del Código Civil, (al que conceptuamos como el nuevo Génesis de todo el derecho civil moderno español, como la ley fundamental del derecho que decide de lo tuyo y de lo mío, de las relaciones jurídico-privadas entre los ciudadanos), tragimos á estos comentarios, no sólo esa ley, sino todas las especiales que complementan el Código, y que si la legislación hubiera nacido lógica y ordenadamente de él debían derivarse; porque creemos que así como todo el derecho constituido debe tener su apoyo y su raiz en la constituyente ley de todo el Estado, los principios generales sentados en todo Código civil de un país, (y dictados en conformidad con los grandes principios político-sociales, jurídicos y económicos de una Constitución), deben servir de base no sólo á las reglas que en un mismo Código se dan para el desarrollo del derecho puramente civil y fomento de la riqueza particular, sino las leyes especiales, que, consecuentes con el principio de la división del trabajo, han de contribuir y contribuyen al mayor desenvolvimiento de esas ramas del derecho civil, que formando parte integrante de éste y de las relaciones jurídicas que entre los particulares se establecen, es indispensablese traten especialmente, bien por las relaciones que crean entre esos mismos particulares y el Estado, bien por la armonía que en ellas debe buscarse y se busca entre el interés social y el individual, bien por la importancia y trascendencia de las mismas disposiciones que contienen.

Precedentes encontramos en la ley 3.ª, tít. 6.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación; y algo se prevenía sobre la materia que nos ocupa en le ley 14, tít. 13, Part. 5.ª, aunque sin orden ni método necesario para regular debidamente las seguridades que la hipoteca bien organizada encierra.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1784, propuso un precepto análogo al nuestro en su primera parte, y tomado parece todo el art. 1874, que comentamos al pie de la letra, del art. 106 de la Ley Hipotecaria peninsular, que corresponde al 120 de la de Cuba, y 114 de las de Puerto Rico y Filipinas, encontrándose en estrecha relación con los arts. 107 al 109 de la citada Ley Hipotecaria (véase página XL á la XLII del tomo 2.º)

Concuerda con los arts. 2118 del Código de Francia, 1967 del de Italia, 2118 del de Bélgica, 2018 del de Guatemala, 2287 del del Uruguay, 2407 del de Chile, 889 y 890 del de Portugal, 3109 del de la República Argentina, 2286 del de Veracruz-Llave, 1942 del de México, 1825 del de la Baja California, 1942 del de Campeche y otros.

Art. 1875. Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede validamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad.

Las personas á cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento é inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro.

Este precepto sintetiza en cierto modo el espíritu de la Ley Hipotecaria, cuyo objeto, además del aseguramiento y la fijación de la propiedad, es dar publicidad á los actos y contratos relativos al dominio y los demás derechos reales mediante su inscripción ó anotación. Grava la hipoteca los bienes sobre que se constituye siendo una verdadera carga que deprecia esos mismos bienes; y para obtener la necesaria seguridad en la contratación, necesario es que conste explícitamente consignada, de una manera pública, para que todos los hombres conozcan el verdadero estado de la propiedad, y no puedan ser perjudicados con ocultos gravámenes.

El precepto que comentamos en relación está con los arts. 163, 253, 287, 605 al 608, 978, 1280, 1349 al 1354, 1389, 1857, 1862 y 1880 de este mismo Código, 2, 3, 5, 12, 23 al 34, 157 al 168, 217 al 221 de la Ley Hipotecaria; 1, 3, 6 al 9, 11, 38 al 40, 116 al 119 del reglamento para su ejecución; y la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874 sobre la manera de redactar instrumentos sujetos á registro.

Concuerda con los arts. 1965 del Código de Italia, 2065 del de Guatemala, 2115 del de Francia, 2279 del del Uruguay, 2410 del de Chile, 949 del de Portu-

Digitized by Google

gal, 1224 del de Holanda, 2016 del de México, 1889 del de la Baja California, 2016 del de Campeche y otros.

Art. 1876. La hipoteca sujeta directa é inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida.

Dado el objeto de la hipoteca, no puede menos de sujetar directa é inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida; así lo dice también el art. 105 de la Ley Hipotecaria peninsular que corresponde á los arts. 119 de la de Cuba Puerto Rico y Filipinas; y en relación está con los artículos 110 al 116, 127 al 133 de nuestra citada Ley Hipotecaria, así como con los arts. 102 al 105 del reglamento para su ejecución, y con el art. 1858 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2019 del Código de Guatemala, 2205 del del Uruguay, 2428 del de Chile, 842 del de Portugal, 1964 del de Italia, 1941 del de México, 1824 del de la Baja California, 1941 del de Campeche y otros.

Art. 1877. La hipoteca se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, ó en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar á manos de un tercero.

Según este precepto, tanto en el caso que la finca hipotecada pase á poder de un tercero, como el de que permanezca en quien la hipotecó, lleva consigo este gravamen hasta que la hipoteca se cancele, pues como verdadero derecho real, como derecho *in re*, afecta siempre sobre la cosa gravada sin consideración á la persona que la posea, y extiende sus efectos á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación y hasta al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, ó en virtud de expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Y esto no lo preceptúa solo nuestro Código, lo prescriben los arts. 110 al 113 de la ley hipotecaria peninsu-

Digitized by Google

lar, iguales á los arts. 124 al 127 de la de Cuba, y 118 al 121 de las de Puerto Rico y Filipinas; según el 1.° de dichos artículos la hipoteca se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados.

Según el art. 111 se entenderán hipotecados juntamente con la finca aunque no se mencionen en el contrato, *siempre que correspondan al propietario*: 1.° Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno y comodidad, bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca. 2.° Las etc., etc., (véase las páginas XLII y XLIII de nuestro 2.° tomo); y en relación está el artículo 1877 que comentamos con los arts. 335, 336 al 374 de este mismo Código, y con los arts. 95 y 96 del Reglamento para la ejecución de la ley hipotecaria.

Vano fuera entretenernos en citar como verdaderos precedentes las leyes 26.ª, párrafo 2.°; 29.ª, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 20 del Digesto; 1.ª y 2.ª, tit. 15, lib. 8.° del Código romano; 15.ª y 16.ª, tit. 13, Part. 5.ª; porque ni aquellas disposiciones trataban separada y técnicamente de la hipoteca, ni a esta puede considerársela bien regulada hasta la promulgación de la ley hipotecaria; y por consiguiente ni aun como puntos de partida histórico legales han de servirnos en la práctica las prescripciones romanas, y nuestras antiguas leyes, que á discurrir no ayuden sobre esta materia, desenvuelta por el derecho moderno, y por el mismo elevada y tratada con más grandeza de miras y un espíritu progresivo digno de admiración.

El Proyecto de 1851, en su arts. 1800 y 1081, propuso un precepto algún tanto análogo y concordancias vemos en los arts. 1966 del Código de Italia, 3110 del de la República Argentina, muy parecido al nuestro, 2086 del de Guatemala, 2291 del del Uruguay, 2420 al 2423 del de Chile, 891 del de Portugal, 2044 del de México, 1827 del de la Baja California, 1944 del de Campeche, 2906 del de Veracruz-Llave y otros; sosteniendo todos ellos la misma doctrina, hasta tal punto, que de sus preceptos se deduce que si la nuda propiedad ha sido hipotecada y el usufructo llega á estinguirse, la hipoteca entonces se estiende al goce, y cubre la plena propiedad, porque el acrecentamiento resultante de la estinción del usufructo, es considerado como el que resulta de la accesión.

Art. 1878. El crédito hipotécario puede ser enajenado ó cedido á un tercero en todo ó en parte, con las formalidades exigidas por la ley.

Es indudable que el crédito hipotecario, como todo otro crédito, como todo otro derecho que no sea puramente personal, puede enajenarse ó cederse;

Digitized by Google

en todo ó en parte con las formalidades de la ley. Esto por lo inconcuso, no se discute ni se comenta; porque el hacerlo equivaldría á poner en duda la propiedad de nuestras cosas y de nuestros derechos. Son principios de tal índole, que no se necesitan los adelantos del derecho moderno para que estén en la conciencia de todos, desde que la idea del derecho y de la ley se impuso al hombre por su propia naturaleza. Por esto los vemos en las leyes 7.ª á la 9.ª, tit. 39, lib. 4.º; 6.ª y 7.ª, tit. 10, lib. 4.º; 33.ª, tit., 53; lib. 8.º del Código romano.

En relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 1261 y 1280 de este mismo Código, en sus números 1.º y 6.º; así como con los arts. 153 al 155 de la ley hipotecaria (Véase páginas LIII y LIV de nuestro tomo 2.º); con los arts. 107 al 110 del Reglamento para su ejecución, y con el art. 37 de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos á registro: está conforme con la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación y con la jurisprudencia sentada por el Supremo Tribunal de Justicia.

El Proyecto de 1851, en el apartado 1.º de su art. 1807, tiene propuesto algo parecido, y concordancias vemos en los arts. 2048 del Código de Guatemala, 2313 del de Veracruz-Llave, 1987 del de México, 1864 del de la Baja California, 1987 del de Campeche, y otros.

Art. 1879. El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que el último posee, en los términos y con las formalidades que la ley establece.

Consecuencia de lo prevenido en el art. 1877 es este precepto, porque como la hipoteca afecta á la cosa y no á las personas, cualquiera que posea la finca hipotecada tiene que responder al acreedor á cuyo favor se hipotecó. Lo mismo preceptúa el art. 127 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde al artículo 141 de la de Cuba y 135 de las de Puerto Rico y Filipinas; estableciéndose en los arts. 128 al 130 el procedimiento que ha de seguirse para su reclamación y cobro; y determinando el art. 27 de la misma ley hipotecaria peninsular lo que se considera como tercero para los efectos de la misma; con lo cual se relaciona perfectamente lo dispuesto en los arts. 102 al 105 del Reglamento para la ejecución de dicha ley.

El Proyecto de 1851, en el primer apartado de su art. 1808 y el art. 1202 del de 1882 propusieron preceptos análogos, y concuerda con los arts. 2034 del Código de Guatemala, 2296 del del Uruguay, 2429 del de Chile, 3162 del de la República Argentina, y otros.

Art. 1880. La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo á su constitución, modificación y extinción y á

Digitized by Google

lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido á las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente.

Nada de particular tiene este artículo de pura referencia á la ley Hipotecaria tantas veces mencionada, y á la que en este punto hemos de atenernos principalmente. Los preceptos de dicha ley suplen lo que el Código omite en esta materia y principalmente los de los arts. 105 al 221 de la misma, y los de los arts. 94 al 153 del reglamento para su ejecución, fijan las reglas más generales que presentes han de tenerse respecto de la hipoteca como medio de asegurar el cumplimiento de obligaciones; y en perfecta relación se hallan con el que comentamos los arts. 605 al 608 de nuestro Código, dictados al tratar del Registro de la Propiedad, tit. 9.° del lib. 2.°, á continuación del cual consignamos las leyes hipotecarias vigentes en la península y ultramar, con las modificaciones sufridas y notas necesarias.

CAPITULO IV.

De la anticresis.

Art. 1881. Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.

Dedicado este capítulo 4.° al estudio de la anticresis, palabra griega, compuesta de αντί χράομαί χρῆσθαι, significa uso ó goce contrario; es decir, derecho de percibir los frutos de una finca que por razón natural según el orden ordinario de las cosas debía percibir su dueño. Contrato en virtud del cual el acreedor adquiere el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble de su deudor, con obligación de imputarlos anualmente á cuenta de los intereses que se le adeuden, y después sobre el capital de su crédito.

Ante el derecho romano el objeto característico de la anticresis era la compensación hasta la debida concurrencia de los intereses y de los frutos, pero cuando el crédito no producía interés y el inmueble empeñado producía frutos que eran percibidos por el acreedor para extinguir el principal, no era anticresis, sino un contrato de prenda que no tenía nombre particular.

Hay quien sostiene con firmeza suma, entre ellos Troplong y Ca... que la anticresis no da un derecho real, porque no recae sobre la ...

Digitized by Google

ma cosa sino sobre sus frutos; el fundo no es tocado y penetrado por el contrato; los frutos, dicen, y no el inmueble son el asiento de esa prenda; más tales tratadistas, parten del falso supuesto de mirar los frutos con independencia de la cosa que los produce, cuando no debe ser así, pues realmente los frutos son la parte accesoria de la finca que los produce, de tal manera, que sin la existencia de aquélla no podrían darse éstos; y por lo tanto, deshaciendo aquel error, ha de quedar sentado que la prenda constituida por anticresis, verdaderamente se establece sobre una parte integrante de la propiedad inmueble, sin que pueda negarse que hay una desmembración de la propiedad cuando los frutos futuros de un inmueble, se dan en prenda para la seguridad y pago de una deuda.

Se sostiene por otros que la anticresis estaba tácitamente prohibida por la ley 2.ª tit. 13 Part. 5.ª, la cual declaraba que los frutos de la cosa empeñada pertenecían al dueño, y que por consiguiente el acreedor había de imputarlos anualmente al capital de su crédito ó entregarlos al dueño de la cosa pignorada; por esto lejos de ser una razón contraria á la existencia, viene á demostrar su sostenimiento, porque, si por regla general toda prenda ó hipoteca llevase consigo la pérdida de sus frutos para su dueño, no habría necesidad del contrato especial de anticresis para que esos frutos pasasen al acreedor como compensación de los intereses y del capital, pues lo que por derecho propio tuviere el acreedor desde que lo fuese, no había de pactarlo especialmente con el deudor. Mientras existió la tasa de los productos del capital, se suplió en la práctica alguna vez bajo la forma de venta á carta de gracia ó con pacto de retro; pero desde que por la ley de 14 Marzo de 1856 fué abolida la tasa legal, el contrato de anticresis se ha celebrado válidamente aunque no es frecuente su uso; si bien puede celebrarse siempre que sea lícito llevar intereses por el dinero prestado. Esto no sucede con el pacto comisorio, que transfiere el dominio de la cosa empeñada sin estimarla ó estimándola en un precio equivalente al crédito, generalmente muy inferior á su justiprecio; lo cual es altamente inmoral y usurario, pues se ve en esto el más inicuo aprovechamiento de las apuradas circunstancias en que el deudor se encontraba al otorgar tal contrato.

El art. 1831 que de nuestro Código comentamos, está en relación con los arts. 334 y 336 del mismo, por cuanto en ellos se trata de los bienes inmuebles y de las rentas y pensiones.

Concuerda con los arts. 2085 del Código de Francia, 1891 del de Italia, 2085 del de Bélgica, 3239 del de la República Argentina, 873 del de Portugal, 2008 y 2012 del de Guatemala, 2302 del del Uruguay, 2435 del de Chile, 1927 del de México, 1810 del de la Baja California, 1927 del de Campeche, 2272 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1882. El acreedor, salvo pacto en contrario, está obli-

Digitized by Google

gado á pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca.

Lo está así mismo á hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación.

Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto.

No es poco lógico y justo cuanto acaba de exponerse, porque, quien está á lo bueno debe estar á lo malo; y quien goza de los frutos de una finca, debe cuidarse del pago de las contribuciones y cargas que pesan sobre la misma; así como debe hacer los gastos necesarios para la conservación y la reparación de la cosa, porque para que produzca es indispensable la conservación de la misma; si bien los frutos han de responder necesariamente de esos gastos y de esas cargas.

Tiene más ó ménos relación el artículo que nos ocupa, con los arts. 356 y 1094 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 2086 del Código de Francia, 1892 del de Italia, 2086 del de Bélgica, 2011 y 2014 del de Guatemala, 2307 del del Uruguay, 2440 del de Chile, 139 del de Prusia, parte 1.ª, tit. 20; 2108 y 2109 del de Bolivia, 3144 del de la Luisiana, 3258 y 3259 del de la República Argentina, 1932 y 1933 del de México, 1815 y 1816 del de la Baja California, 1932 y 1933 del de Campeche, 2275 y 2276 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1883. El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe á su acreedor.

Pero éste, para librarse de las obligaciones que le impone el artículo anterior, puede siempre obligar al deudor á que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario.

Evidente es que el deudor no puede recobrar el goce de la finca que dió en anticresis sin que haya pagado por completo cuanto debe á su acreedor, en cuyo favor se constituyó dicha seguridad, porque de lo contrario de nada serviría ésta. Pero como el contrato de anticresis no es perfectamente bilateral en cuanto á los derechos, puesto que solo en favor del acreedor se otorga, para seguridad y protección de sus derechos, si se le obligase á retener la cosa con las obligaciones de que se trata en el artículo anterior, le resultaría un contrato oneroso, sin dejarle, en vez de las ventajas que se prometía, mas que la carga de una administración incómoda; y para evitar esto, la ley le faculta para ceder esa administración y obligar al deudor á que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario; pero sin éste, el deudor entonces adquiere

Digitized by Google

traría la finca dada en anticresis, pagaría las contribuciones y cargas de la misma, deduciría el importe de unas y otras y los gastos de sostenimiento conservación del inmueble y de administración, y le entregaría el producto líquido restante de los frutos á su acreedor para los efectos de la compensación de intereses y capital establecido al crear aquella relación jurídica.

Concuerda con los arts. 2087 del Código de Francia, 1893 del de Italia, 2087 del de Bélgica, 2811 del del Uruguay, 2444 del de Chile, 159 del de Prusia, 2110 del de Bolivia, 3145 del de la Luisiana, 3257 del de la República Argentina, 2277 y 2278 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1884. El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda ó la venta del inmueble.

Lo mismo digimos de la prenda. El acreedor no adquiere la propiedad de la cosa pignorada, ni de la finca sobre que se constituyó la anticresis por la falta del pago dentro del plazo convenido, siendo nulo cuanto se pacte en contrario; pues para reintegrarse de su crédito puede pedir su pago ó la venta del inmueble, en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil, principalmente en sus arts. 1429 y 1447.

Pudieran citarse como precedentes más ó menos análogos, los preceptos de las leyes 41, tit. 5.º, y 12.ª, tit. 13, Part. 5.ª, teniendo más ó menos relación con el que nos ocupa los arts, 334 y 1275 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2088 del Código de Francia, 1894 del de Italia, 2088 del de Bélgica, 3252 del de la República Argentina, 2016 del de Guatemala, 2308 del del Uruguay, 2441 del de Chile, 197 del de Prusia, 2211 del de Bolivia, 3146 del de la Luisiana, 1938 del de Mexico, 1821 del de la Baja California, 1938 del de Campeche, 2279 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1885. Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis.

Esto es una consecuencia de la misma definición de la anticresis, porque si bien el art. 1881 previene en general que el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito, esto no es un obstáculo para que los contratantes pacten que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en la ley 12, tit. 13, Part. 5.ª; y en relación está el que nos ocupa con el art. 1868 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2089 del Código de Francia, 2310 del del Uruguay, 2443 del de Chile, 3147 del de la Luisiana, 1895 del de Italia, 2089 del de Bélgica, última parte del 3246 del de la República Argentina y otros.

Nuestro Código sigue en esto la disposición de la citada ley 12, tit. 13, Partida 5.ª. Todo pleito que no sea contra derecho, ni contra las buenas costumbres, puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes á peños. La compensación de los frutos con los intereses tiene algo de contrato aleatorio puesto que no es segura la producción de los frutos.

Art. 1886. Son aplicables á este contrato el último párrafo del artículo 1857, el párrafo segundo del artículo 1866, y los artículos 1860 y 1861.

Referencias determina este precepto para aplicar al contrato de anticresis el último párrafo del art. 1857; es decir, que personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar por el deudor su cumplimiento; el 2.º apartado del 1866 que en su lugar combatimos para el caso en que hubiere otros acreedores, pues no creemos que puedan retrotraerse derechos de un acreedor por nuevas obligaciones, en perjuicio de tercero, y perjuicio puede irrogar el que el acreedor retenga la finca dada en anticresis para que responda de otra deuda que el deudor con él contragese con posterioridad á la constitución de aquélla, aunque no se hubiese estipulado dicha retención; y conformes estamos en que la anticresis, como la prenda y la hipoteca, sean indivisibles como determina el artículo 1860, y en que los tres contratos atiendan á responsabilidad y aseguren toda clase de obligaciones.

Vemos análogos preceptos en los arts. 2090 del Código de Francia, 1896 del Italia, 2090 del de Bélgica, 2311 del del Uruguay, 1938 y 1939 del de México, [illegible] y 1822 del de la Baja California, 1938 y 1939 del de Campeche, siendo estos tres últimos los que más extensamente tratan el asunto; y según ellos, se presume hecho el pago cuando el acreedor conserva en su poder por más de 10 años, sin dar cuentas, las fincas objeto de la anticresis; y se le puede poner un interventor si no da cuentas en tres meses después del plazo en que debía darlas.

Digitized by Google

TÍTULO XVI.

De las obligaciones que se contraen sin convenio.

CAPITULO PRIMERO.

De los cuasi contratos.

Art. 1887. Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y á veces una obligación recíproca entre los interesados.

Si no temiéramos hacernos difusos, al empezar el estudio de este tit. 16, expondríamos algo acerca de la confusión en que algunos incurren al tratar los contratos y las obligaciones, suponiendo ciertos publicistas que no puede haber obligaciones sin contrato, y que por ello los Códigos deben ocuparse de los contratos antes que de las obligaciones en general. Nada más absurdo: las obligaciones, ó mejor dicho los principios sobre que las mismas se basan, deben estudiarse ante todo, examinando después las que especialmente nacen de cada contrato; y marchando siempre bajo la idea de que aun sin éstas puede haber obligaciones. Por ello está muy en su lugar que este título se ocupe de las obligaciones que se contraen sin convenio.

No son los cuasi contratos convención expresa; son presunciones legales, inspiradas en la equidad, por las cuales se reputa un consentimiento tácito en el que ejecuta ciertos actos de los cuales nacen obligaciones: porque toda obligación nace de algún hecho, como no hay derecho sin hecho del que se derive; y como los hechos pueden ser lícitos é ilícitos, viene perfectamente la clasificación romana de contratos y cuasi contratos, como resultado de actos lícitos; delitos y cuasi delitos, nacidos de actos ilícitos.

De modo que las obligaciones proceden no solo de los contratos, sino de los cuasi contratos, del consentimiento expreso y del presunto: derivándose á veces de los delitos y cuasi delitos; pues el que roba ó estafa obligado está á indemnizar, por más que su voluntad no le llevase á la indemnización: es decir, que hasta sin volición se puede ver uno *obligado* cuando comete actos

Digitized by Google

que perjudican á tercero y que llevan consigo la obligación de indemnizar en lo civil, y la obligación de la pena en lo criminal.

Cuasi contrato es un hecho lícito libremente ejecutado, por virtud del cual el actor se obliga sin mediar convención ni pacto expreso. Es la ejecución de un acto, que, sin expreso consentimiento, lleva consigo el efecto de obligar al que lo ejecuta.

El número de cuasi contratos es indeterminado; pero los principales son: la gestión de negocios ajenos; la tutela; la comunidad ó indivisión de cosas particulares; ó de la herencia, *communio incidens*, no la que procede del contrato de sociedad; la aceptación de la herencia, la paga de lo indebido, *solutio in debiti*.

Precedentes encontramos en las disposiciones del tit. 28, lib. 3.° de la Instituta; y en relación está con el art. 1089 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 1891, propuso un precepto análogo, y concuerda con los arts. 1371 del Código de Francia, 1140 del de Italia, 1371 del de Bélgica, 1269 del del Uruguay, 2284 del de Chile, 2272 del de la Luisiana, 1023 del de Vaud, 1638 del de la Baja California y otros.

SECCIÓN PRIMERA.

DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS.

Art. 1888. El que se encarga voluntariamente de la agencia ó administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado á continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, ó á requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí.

La gestión es un acto de benevolencia, y podría mirarse como un acto de traición el abandonarla sin haberla terminado, tanto más cuanto quizá por haber dado comienzo á ella una determinada persona, el gestor, se hubieran separado de su ejecución otros amigos más ilustrados, más consecuentes y más celosos. Además el gestor de negocios ajenos se coloca por su propia voluntad en el lugar del propietario; el agente, gestor ó administrador es igual en un todo al mandatario, y debe hacer todo lo que el propietario haría. Por otro lado, ningún beneficio merece este nombre sino cuando es completo, y la ligereza ó inconsideración del gerente no debe perjudicar al propietario. Pero esto ha de entenderse, y así se deduce del texto del artículo que comentamos,

Digitized by Google

se circunscribe al gestor de un negocio ó negocios determinados, no en manera alguna al gestor universal de todos los negocios de una casa.

Precedentes encontramos en el párrafo 1.°, tit. 28, lib. 3.° de la Instituta; en las leyes 5.ª, tit. 7.°, lib. 44 del Digesto; y 26, tit. 12, Part. 5.ª; teniendo también alguna analogía con las leyes 41, tit. 5.° lib. 3.° del Digesto; 6.ª, tit. 35, lib. 4.° del Código romano; párrafo 1.°, tit. 10, lib. 4.° de la Instituta, y 12.ª, título 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1892, propuso parecidos preceptos; y concuerda con los arts. 1372 del Código de Francia, 1141 del de Italia, 1372 del de Bélgica, 1251 y 1252 del de Guatemala, 1270 del del Uruguay, 2289 del de Chile, 1723 del de Portugal, 1331 del de Bolivia, 1039 del de Austria, 1390 y 1391 del de Holanda, 1025 y 1026 del de Vaud, 2274 y 2276 del de la Luisiana, 2290 del de la República Argentina, 2533 del de México, 2416 del de la Baja California, 2533 del de Campeche y otros.

Art. 1889. El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, é indemnizar los perjuicios que por su culpa ó negligencia se irroguen al dueño de los bienes ó negocios que gestione.

Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso.

Repetidas veces hemos usado en esta obra las mismas frases: que los que se encontrasen en el caso del gestor oficioso, deben desempeñar su encargo como un buen padre de familia: cuya dicción, á la par que sencilla, encierra en sí tanta filisofía, tanta claridad, expresión y energía, que no pueden reemplazarse por otras tan significativas, y bastan ellas por sí solas para resolver todos los casos que puedan ocurrir.

Mas como apenas se presentará un caso en que la gestión de negocios no obedezca á los vínculos de la amistad ó los de la sangre, y hoy, no son compatibles con el rigor de las antiguas prescripciones, los dulces y generosos sentimientos que se infiltran en nuestras leyes, de aquí el que el último apartado del art. 1889 que de nuestro Código comentamos, dé facultades discrecionales á los Tribunales para moderar la indemnización de perjuicios.

Se hace indispensable tener en cuenta para todo esto el parentesco, la afección, la importancia del negocio, las dificultades que ha sido preciso vencer; en una palabra, ha de estudiarse la manera de no hacer al gerente víctima de su benevolencia, no pagar el beneficio con condenaciónes propias solo para retraerla, y envenenar así el placer que siente todo hombre honrado cuando hace bien á otro. Y como el legislador no puede descender á ciertos detalles ni apre-

Digitized by Google

ciar por sí las circunstancias que han de presentarse en cada caso, de aquí el que, fiado en la rectitud y honradez judicial, descanse en la integridad y discreción de los encargados de administrar justicia.

Precedentes encontramos en el párrafo 1.°, tit. 28, lib. 3.° de la Instituta; leyes 3.ª, párrafo 9.°, tit. 5.°, lib. 3.° del Digesto; 30 y 34, tit. 12, Part. 5.ª; 2.ª, tit. 5.°, libro 3.° del Digesto; 26, tit. 12, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1893, propuso un precepto análogo al nuestro, que en relación está con los arts. 1101 al 1108 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1374 del Código de Francia, 1143 del de Italia, 1374 del de Bélgica, 2291 del de la República Argentina, 2255 del de Guatemala, 1271 del del Uruguay, 2288 del de Chile, 1392 del de Holanda, 1026 del de Vaud, 2277 del de la Luisiana y otros.

Art. 1890. Si el gestor delegare en otra persona todos ó algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos ó más, será solidaria.

Es de buen sentido; y lo mismo sucede con el mandato. La persona delegada no puede entenderse con el propietario á cuyo favor se gestione el negocio, ni responder de los deberes del gestor; pues propios son de éste exclusivamente, y cuanto á otro manda practicar se ha de entender bajo su propia responsabilidad. Lo mismo sucede con los sustitutos que un Relator ó un Actuario nombre. Sin perjuicio de que de ciertos actos personalísimos los hace también responsables á los delegados.

Es también evidente que cuando dos ó más se encargan de la gestión de un asunto en común, la responsabilidad es solidaria, pues sino lo fuese, se haría ilusoria.

Precedentes encontramos en la ley 26, tit. 5.°, lib. 3.° del Digesto; y en relación está con el art. 1144 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2292 y 2293 del Código de la República Argentina.

Art. 1891. El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, ó cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio.

Es indudable que lo mismo que el mandatario, el gestor de negocios no puede traspasar los límites de lo que ordinariamente hubiera hecho el dueño.

Digitized by Google

dante ó la persona para quien gestiona, pues el arriesgarse á operaciones de otro género, es poco prudente é implica poco celo en la gerencia ó deseos de obrar en nombre propio, aventurando negociaciones inseguras en cambio de la seguridad que ordinariamente proporciona el negocio conocido y determinado por la costumbre.

Lo mismo debe suceder cuando el gerente tiene más interés propio que en favor del dueño del negocio, puesto que obrando en interés del mismo, no puede menos de ser responsable de sus actos, hasta respecto del caso fortuito; y algunos Códigos, como el Argentino, hace responsable al gestor del caso fortuito, no solo en los casos indicados, sino que también cuando no tuviera aptitudes para el negocio, ó cuando por su intervención privó que se encargara del negocio otra persona más apta.

Precedentes encontramos en la ley 23, tit. 12, Part. 5.ª, y concordancias vemos en los arts. 2256 del Código de Guatemala, 2294 del de la República Argentina y otros; y en relación está el que comentamos con el art. 1105 de este mismo Código.

Art. 1892. La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.

Igual precepto encontramos en los arts. 1726 del Código de Portugal, 2538 del de México, 2421 del de la Baja California y 2538 del de Campeche.

Si se estudian los arts. 1310 al 1313 de este mismo Código, se ve que solo son confirmables los contratos que reunan los requisitos del art. 1261, es decir, que concurra en ellos el consentimiento de los contratantes, verse sobre un objeto cierto materia del contrato, y que haya una causa cierta de la obligación que se establezca, purificando el contrato por la rectificación de todos los vicios de que pudiera adolecer al celebrarse. Tampoco deja de estar en relación el artículo que comentamos con los arts. 1709 y 1710 relativos al mandato, que ya dijimos antes es el que más afinidad tiene con el que al presente nos ocupa.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª párrafos 9.º y 10.º; tit. 5.º, lib. 3.º; 50, tit. 1.º, lib. 17; 60, tit. 17, lib. 50 del Digesto; 9.ª, tit. 19, lib. 2.º; 3.ª, tit. 38, libro 8.º del Código romano.

Art. 1893. Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes ó negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, é indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

Digitized by Google

La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultare provecho alguno.

El precepto que acaba de consignarse, demuestra bien que la ratificación puede ser expresa y tácita, conceptuando valedera esta última cuando se viene á demostrar por el aprovechamiento de las ventajas de dicha gestión, pues en el mero hecho de aprovecharse de ellas el dueño del negocio, da á entender que está conforme y ratifica cuanto efectuó el gestor; y como por otra parte, el que está á lo bueno debe estar igualmente á lo malo, de aquí el que quien se aprovecha de los buenos resultados de una gestión de negocios, debe responder de las obligaciones contraidas en su interés é indemnizar las impensas ó gastos necesarios y útiles que hubiere hecho el gestor, y los perjuicios que hubiere sufrido éste en el desempeño de su cargo.

Un negocio, sin embargo, puede haber sido convenientemente dirigido desde el principio hasta al fin, y tener buen resultado, sin que de el se aproveche el dueño por circunstancias independientes de la voluntad del gestor; como cuando éste gestionó el reconocimiento y liquidación de un crédito de determinada persona; si reconocido el crédito y terminada la liquidación, que es hasta donde llegaba la comisión del *negotiorum gestorum*, quebrase el deudor, y el crédito se perdiera, no cabe duda que el acreedor no habra obtenido ningún provecho de la gestión, y sin embargo esta se cumplió en todas sus partes bien y fielmente, y por lo tanto el gerente podrá utilizar la acción *negotiorum gestorum* contra el acreedor para reintegrarse de los gastos hechos en dicha gestión, fundándose en que realmente fué útil al objeto de que se encargó, si bien no resultó provechosa; pues cuando hubiera dado un resultado provechoso para el dueño del negocio, y la reclamación se funda en el provecho que éste obtuviera entonces, la acción que el gestor debe utilizar es la de *in rem verso*.

Precedentes encontramos en las leyes 2.ª, tit. 5.°, lib. 3.° del Digesto; 10.ª del mismo titulo y libro; 26, 27 y 28, tit. 12.°, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1894, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los arts. 1727 al 1729 de este mismo Código, y con lo determinado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre otras la de 10 Marzo de 1869.

Concuerda con los arts. 1375 del Código de Francia, 1144 del de Italia, [illegible] del de Bélgica, 2357 del de Guatemala, 1272 del del Uruguay, 1724 y 1729 del de Portugal, 1042 del de Austria, 1393 del de Holanda, 1027 del de Vaud, 2328 del de la Luisiana, 2297 y 2298 del de la República Argentina, 1642 del de Veracruz-Llave, 2536 y 2537 del de México, 2419 y 2420 del de la Baja California, 2536 y [illegible] del de Campeche y otros.

Digitized by Google

Art. 1894. Cuando, sin conocimiento del obligado á prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho á reclamarlos de aquél, á no constar que los dió por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

Los gastos funerarios proporcionados á la calidad de la persona y á los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle.

De importancia suma es este artículo, tanto por los principios que envuelve como por las dificultades que ha de ofrecer en la práctica, pues no es fácil determinar cuando un extraño da á otra persona alimentos sin ánimo de reclamarlos y cuando los da a nombre de un obligado á prestarlos sin su conocimiento.

El art. 143 de este Código determina bien claramente los que están obligados á darse alimentos, como lo prescribia la ley de Partida, Fuero Real y la ley de Matrimonio civil; pero aun cuando unos y otros preceptos fueran bien y fielmente entendidos y aun cuando estuviere bien definida la obligación que uno tenga de prestar alimentos á otro, no es factible que sin conocimiento del obligado, que bien pudiera oponerse á dicha prestación, vaya un extraño á dar dichos alimentos en nombre del obligado, ni menos que éste deba responder á las reclamaciones que le hiciere el que oficiosamente los donó; porque si esto prosperase, nada fuera más fácil que verse cualquiera siendo victima de varios vividores con demandas de supuestas prestaciones de alimentos, hechas sin conocimiento del demandado; y dariase el caso de que un oficioso gestor decidiere implicitamente de la obligación de prestar alimentos que se atribuyese á una persona.

Precedentes encontramos en las leyes 35 á la 37, tit. 12.°, Part. 5.ª, y 12, titulo 13, Part. 1.ª, en relación al primer apartado del artículo que comentamos; leyes 17, tit. 5.°, lib. 42; 45, tit. 7.°, lib. 11 del Dig.; 8.ª, tit. 6.°, Part. 6.ª, y 30, tit. 13.°, Partida 5.ª; relativamente el 2.° apartado del artículo que nos ocupa, que es el que como más racional admitimos, pues nadie ha de negarse á la satisfacción de los gastos funerarios de los afines.

Concuerda en parte con los arts. 2306 y 2307 del Código de la República Argentina, sobre todo en lo concerniente al último párrafo del artículo que comentamos, pues en cuanto al primer apartado no vemos verdadera concordancia en ningún Código extranjero, siendo el que más analogia tiene el 2306 del argentino que acabamos de citar, en el cual se preceptúa que: «Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos á aquellos en cuya utilidad se convirtieron.

Digitized by Google

SECCIÓN SEGUNDA.

DEL COBRO DE LO INDEBIDO.

Art. 1895. Cuando se recibe alguna cosa que no habia derecho á cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla.

En esta 2.ª sección trátase de otro de los cuasi contratos, del cobro de lo indebido, del cual ocupáronse varias disposiciones del Digesto, de la Instituta y del Código romano.

Realmente el que pagó sabiendo que no debia, entenderse debe que donó; pero nuestro derecho moderno modifica el rigorismo del antiguo derecho, invirtiendo, por decirlo asi, los términos de la cuestión, refiriéndose al que recibe lo que no tenia derecho á cobrar, pues entonces si por error le fué indebidamente entregada la cosa, surge la obligación de restituirla

Algunos Códigos no distinguen si la entrega se hizo por un error de hecho ó por un error de derecho. Esto ha originado grandes discusiones entre los jurisconsultos. Toullier y Zacharie, fundados en el derecho romano, sostienen que el que paga por un error de derecho no tiene repetición, porque tal error no puede alegarse. En cambio, Mercadé sienta la teoria de que el principio de equidad que informa nuestro derecho civil no permite enriquecerse con lo ajeno, ni que un supuesto acreedor se quede con una suma ó con una cosa que no se le debia, ó que no le debia el que la entregó. Cuando á él nada se le debe, es indudable que no puede apoyarse en el error ajeno; cuando es verdadero acreedor, y otro, por un error de derecho le hace el pago, la repetición no le priva lo que debe el verdadero deudor. Un legatario, que por error de derecho cree que debe pagar una deuda del testador, y la paga en efecto, no le priva al acreedor, por la repetición que ejerza, cobrar lo que le debe el verdadero deudor.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, tit. 6.º, lib. 12 del Dig.; Inst. párrafo 6.º, tit. 28, lib. 3.º; 28.ª, al 34.ª, tit. 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1895, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación esta con los arts. 1126, 1165, 1756 y 1798 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1376 del Código de Francia, 1145 del de Italia, 1235 del de Bélgica, 2258 del de Guatemala, 1273 del del Uruguay, 2295 del de Chile, 758 del de Portugal, 1335 del de Bolivia, 1028 del de Vaud, 1396 del de Holanda, 2279 del de la Luisiana, 784 del de la República Argentina, 1659 y 1660 del de Méj.

Digitized by Google

xico, 1643 del de Veracruz-Llave, 1545 y 1546 del de la Baja California, 1659 y 1660 del de Campeche y otros.

Art. 1896. El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, ó los frutos percibidos ó debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere.

Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo á las cosas hallándose en poder del que las entregó.

No considera nuestro Código reo de hurto, como lo conceptuaba la ley romana, al que de mala fé recibia lo que no se le debia; pero si le declara responsable de los intereses del capital indebidamente recibido y de los daños y perjuicios, pues preceptuar otra cosa para los casos de flagrante mala fé, que raya casi en hurto, y bien merece la calificación de estafa, seria el colmo de la injusticia y del escándalo, favorable sólo á los estafadores, tanto como perturbador para los hombres verdaderamente honrados y para el bienestar social.

La ley, indulgente con el que ha recibido de buena fe lo indebido, debe ser severa con toda clase de estafadores, y con los que á sabiendas recibieron lo ajeno, abusando de errores que debieron desvanecer. Por lo tanto, debemos referirnos en un todo á lo que dejamos expuesto en general acerca de la restitución de frutos y pérdida de la cosa para todo poseedor de mala fé.

Nosotros creemos que hasta debiera responder siempre del caso fortuito el que recibió de mala fé; pareciéndonos blando lo que el art. 455 de este Código previene, puesto que dar facultad al poseedor de mala fe para llevarse los objetos de lujo y de recreo en la cosa mal poseida, supone una indebida consideración al hombre de antecedentes nada correctos y honrados sin tener en cuenta que toda consideración que se tenga con quien se sale de la ley y de la buena fé, es un mal para el país honrado y trabajador y un desdoro para la ley misma y la moral.

Comprendemos perfectamente cuantas concesiones se hagan al hombre honrado, al poseedor de buena fé tal cual lo define el art. 433; comprendemos que haga suyos los frutos percibidos tal cual lo determina el art. 451 de este mismo Codigo; pero contra el poseedor de mala fé nos parece poco lo que prescriben los arts. 1095, 1097 y 1101 al 1108; nos parece benigno dejar de negarle el agua y fuego, no perseguirle como criminal; somos en esto verdaderamente intransigentes.

Digitized by Google

No hay para que advertir que la enajenación de la cosa por el que la recibió de mala fe será nula, y que sobre el mismo recaerá todo el peso de daños é intereses reclamados por el comprador desposeido.

Precedentes encontramos en las leyes 15 y 65, párrafo 5.°, tit. 6.°, lib. 12 del Digesto; 1.ª, tit. 5.°, lib. 4.° del Código romano; 20.ª, tit. 14, Part. 7.ª, y 37.ª, título 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1897, propuso un precepto análogo al que comentamos, que en relación está con los artículos antes indicados y 1126, 1756, 1798 y 1842 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1378 y 1379 del Código de Francia, 1147 y 1148 del de Italia, 1378 y 1379 del de Belgica, 2259 del de Guatemala, 1277 del del Uruguay, 2301 del de Chile, 1399 del de Holanda, 1338 y 1339 del de Bolivia, 1031 y 1032 del de Vaud, 2290 y 2291 del de la Luisiana, 1645 del de Veracruz-Llave, 1664 y 1665 del de México, 1550 y 1551 del de la Baja California, 1664 y 1665 del de Campeche y otros; viéndose tanto en nuestros Tribunales como en los franceses, muchas sentencias en que se sostiene esta misma doctrina, entre ellas las de 29 Marzo de 1856 y 16 Noviembre de 1858 del Tribunal de Casación de la vecina República.

Art. 1897. El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras ó pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio ó cederá la acción para hacerlo efectivo.

Más benévolo relativamente se muestra el Código en el anterior artículo que en éste, y no somos precisamente nosotros los que lo notamos, pues ya al discutir el Código francés, no se explicaban algunos de aquellos eminentes oradores porque el poseedor de buena fe haya de responder de la pérdida de la cosa poseida si en ella hubiere tenido el cuidado de un buen padre de familia. Solo en cuanto se hubiese enriquecido el poseedor de buena fe, ha de hacérsele responsable de los desperfectos y pérdidas de la cosa así poseida, y esto ya mejora lo propuesto en los Proyectos de Código que en nuestra patria se publicaron y las prescripciones del primitivo Código francés. En cuanto á la enajenación de la cosa poseida de buena fe, no es nula, como la efectuada por el poseedor de mala fe; y cúmplese con restituir el precio ó con ceder la acción para hacerlo efectivo, si todavía no se hubiere recibido.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 6.°, lib. 12 del Digesto; 25.ª, tit. 12, Part. 5.ª; 26.ª, párrafo 12, tit. 6.°, lib. 12 del Digesto, y 37.ª, tit. 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en los apartados 2.° y 3.° del art. 1896, propuso prece-

Digitized by Google

tos análogos al nuestro, que en relación está con los arts. 433. 451, 457, 1122, 1756 y 1798 de este mismo Código.

Concordancias vemos en los arts. 1379 y 1380 del Código de Francia, 2258 del de Guatemala, 1278 del del Uruguay, 2258 del de Bélgica, 2301 del de Chile, 1899 del de Holanda, 1338 y 1339 del de Bolivia, 1031 y 1032 del de Vaud, 2290 y 2291 del de la Luisiana, 1661 del de México, 1547 del de la Baja California, 1661 del de Campeche y otros.

Art. 1898. En cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, se estará á lo dispuesto en el título 5.° del libro segundo.

De referencia es el artículo que acaba de consignarse, y evidente aparece que el que recibió una cosa indebidamente de buena fe, tiene derecho á que se le abonen las mejoras y gastos que en su conservación y mejoramiento hiciese; pero este derecho se ha de regular por las disposiciones dictadas en el tit. 5.° del lib. 2.° de este Código para la posesión, ó sean los arts. 430 al 466, que no hemos de reproducir porque consignados y comentados quedan en su lugar.

Precedentes encontramos en las leyes 15.ª, tit. 6.°, lib. 12 del Digesto, y 37.ª, tit. 14, Part. 5.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1898, propuso preceptos análogos; y concuerda con los arts. 758 del Código de Portugal, 1669 del de México, 1555 del de la Baja California, 1669 del de Campeche y otros.

Art. 1899. Queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, ó dejado prescribir la acción, ó abandonado las prendas, ó cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor ó los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva.

El Código, en este artículo exime de la obligación de restituir al que, creyendo de buena fe que se le hacia el pago de un crédito legitimo y subsistente, hubiere inutilizado el titulo ó dejado prescribir la acción, ó abandonado la prenda ó cancelado la hipoteca de su derecho verdadero, porque el acreedor que en este caso recibe el pago, ha podido creer que el que lo hace es un tercero que paga por el verdadero deudor, y por ello inutilizó el titulo del crédito. Entonces, por consiguiente, el error del que ha hecho el pago no debe perjudicarle, y al que hizo dicho pago le queda, contra el verdadero deudor, la acción *negotiorum gestorum*.

Digitized by Google

No deja de tener relación el precepto que comentamos con el art. 433 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1377 del Código de Francia, 1146 del de Italia, 1377 del de Bélgica, 1273 del del Uruguay, 2295 del de Chile, 2268 del de la Luisiana, 1336 del de Bolivia, 1029 del de Vaud, 1397 del de Holanda, 785 del de la República Argentina y otros.

No es ajena á la doctrina sentada en el art. 1899 que de nuestro Código comentamos, la sentada por el Tribunal Supremo de Justicia en diferentes sentencias, que no podemos consignar aquí por evitar el hacer demasiado voluminoso este tomo; pero especialmente la de 30 Noviembre de 1888 previene, al tratar del pago de lo indebido, que el que por propio error, ó por equivocación entrega á otro una cantidad con la que no se lucra el que la recibió, por haberla puesto á disposición de un tercero á quien la considera destinada, no puede reclamar la devolución de aquél á quien entregó dicha cantidad, pues de hacerlo se infringiría el precepto de la ley 28, tit. 14, Part. 5.ª

Art. 1900. La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre á su cargo la del error con que lo realizó, á menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió.

Esto obedece á los buenos principios de derecho. Que la prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho es inconcuso, pues á nadie mas que á él aprovecha su probanza; como debe probar el error con que realizó dicho pago. Pero si el demandado negase haber recibido la cosa que se le reclame, una vez que el demandante justifique y demuestre su entrega, no necesita ya otra prueba; sin que por esto quede limitado el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió.

El Código de Chile, en su art. 2298, dice: «Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido.»—«Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y, probado, se presumirá indebido.»

El art. 1276 del del Uruguay previene que: «Si el demandado confiesa el pago, el actor debe probar que no era debido, pero si aquél lo niega, corresponde al actor probarlo; y probado se presumirá indebido.»

Precedentes encontramos en las leyes 30, tit. 2.°, lib. 12; y 25, tit. 3.°, libro 22 del Digesto, y la 29, tit. 14, Part. 5.ª; teniendo alguna relación con el que comentamos los arts. 1214 y 1215 de este mismo Código.

Digitized by Google

Art. 1901. Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió ó que ya estaba pagada; pero aquel á quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo á título de liberalidad ó por otra causa justa

Establécese aquí una presunción lógica; y se admite una prueba que la destruye. La presunción de error en el pago, cuando se entrega una cosa ó dinero que nunca se debió, ó que de haberlo debido en algún tiempo estaba ya pagado. La prueba que se admite para destruir tal pretensión, es la que pueda hacer aquel á quien se le pida su devolución para demostrar que la entrega se hizo á título de liberalidad ó por otra causa justa.

Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, á menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacia, tanto en el hecho como en el derecho, dice el art. 2299 del Código de Chile.

Precedentes encontramos en las leyes 29, tit. 14, Part. 5.ª; 53 y 82, tit. 17, lib. 50 del Digesto; leyes 12, tit. 2.º, lib. 46; 7.ª, párrafo 2.º tit. 5.º, lib. 41; 29, tit. 5.º, lib. 39, y 47 tit. 1.º, lib. 38 del mismo Digesto.

CAPITULO II.

De las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia.

Art. 1902. El que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado.

Dedica nuestro Código este capítulo segundo á tratar de las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia, y ya digimos antes que hay actos de los que nacenobligaciones, sin que esos actos se hayan elevado á la categoría de contratos, ni aun puedan considerarse actos lícitos; por esto hemos sostenido siempre que las obligaciones no nacen todas de la relación jurídica establecida entre dos personas por el mútuo consentimiento, sino por actos puramente unilaterales; por actos, lícitos ó ilícitos, propios de una persona que directamente le ligan con los demás ciudadanos ó con la sociedad, creando un *vinculum juris ipso facto* que obliga tanto como las consecuencias de las convenciones.

Las leyes romanas y nuestras antiguas leyes patrias llamaban *delitos* y *cuasi delitos* á los actos que hoy nuestro Código reconoce producen obligaciones por culpa ó negligencia. Nuestro Código está más conforme con el buen

Digitized by Google

sentido que las antiguas disposiciones; pues realmente no solo los delitos y las faltas producen obligaciones, sino que hay actos, de los que se originan estas, que sin ser puramente lícitos ni constituir delitos y faltas, llevan en sí un sello de responsabilidad civil por efecto de la negligencia con que se ejecutaron, sin estar sujetos á responsabilidad verdaderamente penal, ó mejor dicho, personal.

Sabido es que todo acto punible lleva en sí dos clases de responsabilidades, la penal y la civil; pues toda persona responsable criminalmente de un hecho punible, lo es también civilmente del daño y perjuicios causados á terceras personas por la ejecución del mismo; pero también pueden tener lugar muchos actos é infinidad de omisiones, que sin que técnicamente podamos llamarlas delitos ni faltas, porque no perturban directamente el órden jurídico constituido, envuelven en responsabilidad á sus autores, porque con ellos causan perjuicio á terceros cuya reparación es inevitable.

Todas las obligaciones reconocen como base el principio de equidad que generalmente en ellas domina, de que quien causa un daño se constituye en el deber de repararlo; por eso nuestro Código, en su art. 1902, primero de este capítulo que al presente comentamos, previene que el que por acción ú omisión causa un daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado.

Precedentes encontramos en las leyes 5.ª, párrafo 1.º; 8.ª y 27.ª, párrafo 5.º, y 44.ª, tit. 2.º, lib. 9 del Digesto; 6.ª y casi todas las del tit. 15, Part. 7.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1900, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 391, 590, 1104, 1185, 1596 de este mismo Código, y con los arts. 18 al 21 y 121 al 128 del Código penal.

Concuerda con los arts. 1382 y 1383 del Código de Francia, 1151 y 1152 del de Italia, 1382 y 1383 del de Bélgica, 2314 del de Chile, 2276 y 2277 del de Guatemala, 1280 del del Uruguay, 1341 del de Bolivia, 1295 del de Austria, 2294 y 2295 del de la Luisiana, 1401 y 1402 del de Holanda, 1037 y 1038 del de Vaud, 1649 del de Veracruz-Llave, 1109 del de la República Argentina y otros; observándose que el Código de Veracruz-Llave distingue perfectamente las obligaciones que proceden de los delitos ó de las faltas, y las que nacen de culpa ó negligencia, tratándolas separadamente.

No puede menos de reconocerse que el artículo que comentamos encierra una verdadera máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio de eterna justicia, *sua cuique culpa nocet*; la culpa no debe perjudicar más que á su autor, y él está obligado á reparar el daño ocasionado á un tercero con ella; aunque no haya sido por la ley elevada á la categoría de los delitos ó faltas, ni se halle por lo mismo castigada en el Código penal. Por eso el campo y la escala de la culpa ó negligencia son tan vastos que no pueden encerrarse todos los casos en las leyes positivas, por minuciosas y casuísticas que sean;

Digitized by Google

y no queda otro remedio que atender á las circunstancias particulares de las personas y del hecho para la decisión acertada de cada caso.

En Francia donde el Código es viejo, si así puede decirse, con relación al nuestro, dió lugar á dudas infinitas esta cuestión, porque conforme con el de Italia, Bélgica y otros, en que cualquiera acto del hombre que cause daño á otro, obliga á aquel que lo hizo á repararlo, se han suscitado discusiones y pleitos de índole especial que presentaron sus dificultades, zanjándolas solo por importantes sentencias del Tribunal de casación dictadas en 11 y 19 de Julio de 1826, 27 de Noviembre de 1844, 20 de Febrero de 1849, 3 de Febrero y 11 de Junio de 1857, 21 de Julio de 1862 y otras. En ellas se ve que contra la autorización para el establecimiento de cualquiera industria que haga insalubre, peligrosa é incómoda la vecindad, los vecinos pueden reclamar ante los Tribunales la indemnización de perjuicios y daños que ocasione la explotación del referido establecimiento: que el ruido producido por los trabajos de un taller puede dar lugar á una indemnización de perjuicios cuando es muy violento e incómodo para los vecinos: que el concesionario de una mina está obligado á reparar los daños causados por los trabajos de explotación á los edificios y demás obras construidas antes ó después de la concesión, por el propietario de la superficie; que este principio de responsabilidad es aplicable á los médicos por los accidentes causados en la práctica de su profesión, en cuanto la apreciación de las faltas por ellos cometidas no exija por parte del Juez exámen técnico de diversos métodos ó teorías, ó discusión de cuestiones puramente científicas, sino que dé lugar únicamente á la aplicación de reglas generales de buen sentido y de prudencia á que está sometido el ejercicio de toda profesión: que el facultativo que habiendo producido una herida al enfermo al hacerle una sangría, se niega á prestarle sus cuidados y abandona voluntariamente al paciente, puede ser declarado responsable y sujeto á indemnización, etcetera, etc.

Art. 1903. La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos ú omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El padre y, por muerte ó incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores ó incapacitados que están bajo la autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños ó directores de un establecimiento ó empresa respecto de los perjuicios causados por sus de-

Digitized by Google

pendientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, ó con ocasión de sus funciones.

El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario á quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.

Son, por último, responsables los maestros ó directores de artes y oficios respcto de los perjuicios causados por sus alumnos ó aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Contiene este artículo varios preceptos en los que se da por exigible la obligación que impone el artículo anterior, no solo por los actos propios ú omisiones del individuo que deja de obrar cuando debiera, sino por los actos de otras personas de quienes se debe responder, pues la ley presume que el hecho acaeció por culpa ó negligencia de los personas enumeradas en este artículo; pero al final del mismo se les reserva el derecho de probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. De manera que, según estos preceptos, el padre, ó por muerte ó incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía, en lo cual están conformes los Códigos extranjeros por ser éste el caso común en que la madre adquiere la patria potestad; siendo igualmente responsable la madre siempre que por cualquier otra circunstancia ó motivo se halle en el ejercicio de dicha potestad.

Los tutores no pueden menos de responder de los perjuicios causados por los menores ó incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía, porque no solo les está encomendada la administración de sus bienes, sino la guarda, custodia, educación y corrección de dichas personas á su tutela sometidas.

En cuanto á los dueños ó directores de los establecimientos, ya dijimos algo al tratar del depósito que comprenden los arts. 1783 y 1784 de este mismo Código, y no hay para repetir los mismos argumentos; el Código penal establece también su correspondiente responsabilidad fundado en los mismos principios, lo cual se comprende bien, pues á esos establecimientos se acude por la garantía que prestar puedan los que los dirigen ó se hallan á su frente, no por los dependientes, y estos mandatarios de sus principales, no pueden [illegible]

Digitized by Google

ciertas responsabilidades que solo afectan al mandante; y siempre la responsabilidad civil subsidiaria les corresponderia, como les corresponde á los amos en general, maestros y personas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos cometidos por sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes en el desempeño de su obligación ó servicio, en virtud de las disposiciones del Código penal citadas al comentar el artículo anterior.

Pero es más, el Código señala responsabilidad hasta para el Estado, por los actos que efectúa por mediación de agentes especiales.

Sin embargo, cesa la responsabilidad de que se trata en los apartados que este artículo comprende, cuando las personas en los mismos consignadas prueben y justifiquen que obraron como un buen padre de familia para prevenir todo daño, y esto es de buen sentido; justificada tal actitud no cabe responsabilidad de ningún género pues no habria ni culpa levísima.

Precedentes encontramos en las leyes 6.ª, párrafo 2.º, tit. 3.º, lib. 9.º; 1.ª, párrafo 5.º, tit. 4.º, lib. 39 del Digesto; 5.ª, tit. 15, y 4.ª, tit. 13, Part. 7.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1901, propuso algunos preceptos parecidos al que nos ocupa, que en relación están con los arts. 200, 320, 1104, 1596 y 1784 de este mismo Código; 19 al 21 del Código penal, y 53 de la ley de caza de 10 Enero de 1879.

Concordancias vemos en los arts. 1384 del Código de Francia, 1153 del de Italia, 1384 del de Bélgica, 1113 al 1121 del de la República Argentina, 2320 del de Chile, 2277 y 2279 del de Guatemala, 1281 y 1285 del del Uruguay, 1313 del de Austria; 56, tit. 6.º, primera parte del de Prusia; 1039 del de Vaud, 2299 del de la Luisiana, 1403 del de Holanda, 1597 del de México, 1431 del de la Baja California, 1597 del de Campeche, 1651 y 1652 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1904. El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Es lógico este precepto, y conforme está con los preceptos anteriormente indicados; pues la acción que aquí se concede expresamente á los amos, no puede negarse á los demás comprendidos en el artículo anterior, porque todos son responsables subsidiariamente, según digimos en los comentarios al mismo hechos.

Precedentes encontramos por analogía en la ley 6.ª, tit. 9.º, lib. 4.º del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1905, propuso un precepto análogo al que nos ocupa; y concordancias vemos en los arts. 2325 del Código de Chile, 1283 del del Uruguay, 1123 del de la República Argentina, 1313 del de Austria, 1656 del de Veracruz-Llave y otros.

Digitized by Google

Art. 1905. El poseedor de un animal, ó el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape ó extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor ó de culpa del que lo hubiese sufrido.

Hay que distinguir la clase de animales que causen el daño, pues no puede existir la misma responsabilidad respecto de animales fieros ó bravos, que relativamente á los mansos; ni en éstos puede juzgarse el hecho de la misma manera cuando fueron excitados por otro que cuando no lo fueron. Depende pues esa responsabilidad de los casos y circunstancias, debiendo dejar bastante á la discreción de los Tribunales para que las decisiones sean acertadas.

Las disposiciones del tit. 1.° del lib. 9.° del Digesto, que transcritas fueron en su mayor parte á las leyes 21 á la 23, tit. 15, Part. 7.ª, en que se consignan variedad de casos, pueden servir de precedentes.

La excepción es de pura justicia, pues si el daño procede de fuerza mayor ó de culpa del que lo hubiese sufrido, evidente es que no puede haber responsabilidad para el dueño del animal que causó el daño.

En cuanto á los animales feroces ó dañinos, sólo el hecho de dejarlos sueltos ó en disposición de dañar constituye una falta consignada en el Código penal vigente; por eso este art. 1905, que de nuestro Código civil comentamos, dice: «aunque se le escape ó extravíe»; porque no basta, ó mejor dicho no se concreta para la responsabilidad civil, al caso de la falta antes indicada, sino que aun cuando no se perceptuase aquella, la responsabilidad civil era inescusable, salvo los casos excepcionales de fuerza mayor ó culpa del que hubiera sufrido el daño.

El Proyecto de 1851, en su art. 1902, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 430 y 465 de este mismo Código, y núm. 3.° del art. 599 del Código penal.

Concuerda con los arts. 1385 del Código de Francia, 1154 del de Italia, 1385 del de Bélgica, 2278 del de Guatemala, 2326 del de Chile, 1289 y 1290 del del Uruguay; 70, 73 y 75, tit. 6.°, parte 1.ª del de Prusia; 1320 del de Austria, 2021 del de la Luisiana, 1040 del de Vaud, 1404 del de Holanda, 1124 y 1125 del de la República Argentina, 1596 del de México, 1480 del de la Baja California, 1396 del de Campeche, 1653 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1906. El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación ó cuando

Digitized by Google

haya dificultadó la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.

También es de equidad y de justicia este precepto, que se comprende perfectamente sin más que reflexionar un poco, y hacer consideraciones acerca de los derechos y obligaciones de cada uno de los seres que viven en sociedad. En el aislamiento el hombre tendría derechos absolutos, pero como aislado no puede vivir, viviendo como vive en sociedad sus derechos tienen que ser necesariamente relativos, y la relación de los derechos de cada uno es la que entre sí tienen esferas tangibles de igualdad.

Pues bien, esas esferas tangibles limitan los derechos de cada individuo, circunscribiendo á ellas su acción, y el que se sale de su esfera de acción perjudica necesariamente la acción de los demás, introduciéndose en el valladar ajeno bajo el cual su convecino es el único que tiene derecho á obrar.

Por esto, si el propietario de una heredad dedicada á la caza, perjudica con esto á los demás, debe forzosamente responder de tal daño.

Y no se diga, como expresan algunos escritores, que Laurent y otros, (cuyas obras suelen citar como de conocimiento propio, copiándolas de las notas puestas al Código de la República Argentina), opinan que los propietarios de los bosques donde se guardan animales salvajes, son responsables de los daños que éstos causen cuando exista una falta imputable á aquéllos; pues, ya antes de que Laurent escribiese sus estudios sobre anteproyecto belga, (que hoy no tiene aplicación alguna), se dictaron sentencias varias por el Tribunal de Casación de Francia, en que se sienta la doctrina de que el propietario de un bosque en donde haya soto de conejos, es responsable de los daños causados por estos animales en las propiedades vecinas, si hubiera descuidado la destrucción de aquellos, ó no hubiera permitido destruirlos á los vecinos; existiendo con mayor razón la responsabilidad cuando lejos de destruir los conejos los ha hecho guardar el propietario como vedado de caza, ó cuando sucede lo mismo con otros animales salvajes; y esto mismo se ve sostenido en sentencias mil desde la de 3 Enero de 1810 y 14 Noviembre de 1816 á las de 10 Julio de 1863 y 20 Diciembre de 1878. De manera que se observa una constante práctica en el extranjero, que conforme está con el precepto de nuestro Código, como también con el art. 18 de nuestra ley de caza de 10 Enero de 1879, y que concuerda con varias disposiciones especiales.

Art. 1907. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulte de la ruina de todo ó parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.

Digitized by Google

También es de buen sentido este precepto, que obedece á principios de equidad y de justicia ya sustentados en las leyes romanas y en las de nuestro antiguo derecho patrio; si bien aquellas disposiciones se dirigian más á prevenir el daño de los edificios ruinosos, dando lugar á interdictos de obra vieja, que á fijar la obligación del pago de los daños causados. Nuestro Código ha sido más previsor, y después de sentar en otro lugar las reglas sustantivas necesarias para esa clase de interdictos, viene aquí determinando la responsabilidad en que incurre el dueño de un edificio que por su ruina ocasiona daños; mandando sean éstos por aquél indemnizados cuando sobrevienen por falta de las necesarias reparaciones.

Precedentes encontramos en las disposiciones del tit. 2.°, lib. 39 del Digesto, y en las leyes 10.ª y 11.ª, tit. 32, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1903, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 389 y 391 de este mismo Código, y núm. 2.° del artículo 601 del Código penal; concordando con los arts. 1386 del Código de Francia, 1155 del de Italia, 1386 del de Bélgica, 1283 del del Uruguay, 2231 del de Guatemala, 2395 del de Portugal, 2323 del de Chile, 2302 del de la Luisiana, 1405 del de Holanda, 1041 del de Vaud, 1592 del de México, 1476 del de la Baja California, 1592 del de Campeche, 1654 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1908. Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1.° Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2.° Por los humos excesivos, que sean nocivos á las personas ó á las propiedades.

3.° Por la caida de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.

4.° Por las emanaciones de cloacas ó depósitos de materias infectantes, construídos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.

Calificados de faltas han sido los hechos que este artículo entraña, en el art. 601 del Código penal núms. 1.°, 3.° y 4.°; no siendo necesario estudiarlos mucho para comprender que los cuatro apartados de este art. 1908, significan una ingerencia en la esfera de acción de los demás, una verdadera transgresión de ley en perjuicio de los demás. Nosotros somos partidarios de que tales hechos no debian permitirse, y nos parecen pocas todas las responsabilidades que se

Digitized by Google

impongan al que directa ó indirectamente obra en perjuicio de tercero ó de la salud pública. Los hechos comprendidos en este artículo, son contrarios á la salud pública, y perjudiciales á los vecinos más próximos donde tienen lugar; pero ya que no se toman medidas más enérgicas en leyes administrativas y de policía urbana, nuestro Código sin embargo ha hecho un gran bien con introducir en él este precepto, pues para lo sucesivo todos saben á que atenerse, y nadie duda acerca de estas responsabilidades.

El art. 1908 que nos ocupa, en perfecta relación está con los arts. 390, 391 y 590 de este mismo Código; y con el núm. 8.° del los arts. 596 y 601 del Código penal.

Concuerda con los arts. 2398 del Código de Portugal, 1133 del de la República Argentina, 1595 del de México, 1479 del de la Baja California, 1595 del de Campeche y otros.

Sin olvidar como precedente la ley 6.ª del Digesto de *damni infecti*, por la que se daba la caución de su nombre cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caida de un edificio, no se nos oculta que hoy esto ya no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas é intereses del perjuicio cuando lo sufriese. De manera, que sería contraproducente y originaria pleitos sin fin el sostenimiento de una acción preventiva en esta materia.

Art. 1909. Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, ó, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.

En esto nuestro Código, más justo y más humano que la mayoría de los Códigos extranjeros, pues no quiere aumentar el disgusto del propietario que sin culpa suya ve derrumbarse su casa, sometiéndole á una responsabilidad de que sólo es culpable el arquitecto ó el constructor. Estos deben responder por diez años de la solidez de la obra, y por consiguiente, contra ellos debe acudir el vecino perjudicado.

El Proyecto de 1851, en el 2.° apartado de su art. 1903, propuso un precepto análogo, que en perfecta relación está con el art. 1591 de este mismo Código, que no reproducimos porque conviene ver aquel comentario.

No existen verdaderas concordancias, puesto que se imputa siempre la responsabilidad al propietario, en los arts. 1386 del Código de Francia, 1134 del de la República Argentina, 1186 del de Bélgica; pero concuerda perfectamente el art. 1809 que de nuestro Código comentamos con el 2.° apartado del art. 1288 del Código del Uruguay, y con el art. 2324 del Código de Chile, que en relación está

Digitized by Google

con la regla 3.ª del art. 2003 de dicho Código y que digno de estudio es por más de un concepto.

Art. 1910. El cabeza de familia que habita una casa ó parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaren ó cayeren de la misma.

Las leyes de policía y varias otras disposiciones algo dicen sobre el particular, como lo previó el Código penal, que hace responsables á los que arrojasen á la calle agua, piedras ú otros objetos que puedan causar daño; y ya lo había previsto también la ley de Partida; pero nuestro Código Civil, individualizando la responsabilidad, hace que recaiga sobre el cabeza de familia que habita una casa ó parte de ella de donde proceden los efectos arrojados; mientras el Proyecto de 1851, en su art. 1904, no sólo proponía un precepto igual al nuestro en su primer apartado, sino que en su apartado segundo, preveyendo el caso general en grandes poblaciones de que en una casa vivan varios vecinos, proponía que cuando se ignorase la habitación de donde procedía el daño, respondiesen todos mancomunadamente de su reparación.

Precedentes encontramos en el párrafo 1.º, tit. 5.º, lib. 4.º de la Inst.; leyes 25 y 26, tit. 15, Part. 7.ª, y núm. 7.º del art. 599 del Código penal.

Concuerda con los arts. 1291 del Código del Uruguay, 2282 del de Guatemala, 2328 del de Chile, 1594 del de México, 1318 del de Austria, 1594 del de Campeche, 1119 del de la República Argentina y otros.

TÍTULO XVII.

De la concurrencia y prelacion de créditos.

CAPITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1911. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

Este tit. 17, dedicado á tratar de la concurrencia y prelación de créditos, [illegible] muy distinto en los Códigos extranjeros, pues la mayor parte de los [illegible]

Digitized by Google

fian á disposiciones especiales y leyes procesales, sin que entre sus leyes sustantivas dicten preceptos que los regulen.

Nuestro Código, al sentar los principios generales que preceden y sirven de fundamento á las reglas bajo las cuales se han de clasificar, graduar y pagar los créditos cuando hay concurrencia de acreedores y se presentan dificultades para el pago, ha hecho un gran bien á los mismos acreedores, ha demostrado una previsión admirable y ha resuelto más de un conflicto evitando algunos litigios.

Se dice por algunos, sin embargo, que nuestro Código no ha hecho mas que copiar preceptos de las leyes adjetivas, y que entre el sistema por él seguido y el que siguen los Códigos extranjeros en su mayoría, es más acertado lo que hacen éstos, porque siendo el concurso un juicio universal, la ley que sustancia estos juicios es la competente para decidir al propio tiempo sus defectos; pero tan peregrina teoría no puede ser más utópica; pues ni hay tecnicismo al decir que *la ley es competente*, ni puede desconocerse que en los juicios universales, como en todos los juicios, una cosa es la cuestión de fondo, que regirse debe por las leyes sustantivas, y otra cosa muy distinta es la cuestión de procedimiento que ha de regularse por las leyes adjetivas; y por mas que entre la ley sustantiva y la adjetiva deba existir un estrechísimo enlace, y su relación armónica produzca los mejores resultados, una cosa es la armonía entre una y otra, y cosa bien distinta es la confusión que entre una y otra por algunos se pretende introducir, so pretexto de un pueril temor, del peligro que se corre de que se pongan en contradicción ambas leyes. Lógicamente pensando, no puede haber tal peligro si las leyes saben hacerse, porque una es la sustanciabilidad y otra es la tramitación.

Lo que hay aquí es que las leyes sustantivas deben preceder á las adjetivas, porque las primeras fijan el derecho, determinan su esencia, son el alma del cuerpo á quien impulsan y sostienen; mientras que las segundas son la vestimenta de aquéllas, las que indican el camino que ha de seguirse, las diligencias que han de practicarse para hacer efectivo aquel derecho. El *yo*, el espíritu magnético, la sustanciabilidad de los derechos, lo encontramos en las leyes sustantivas; la manera de ejecutar las funciones de ese *yo*, el desenvolvimiento de ese flúido magnético, la colocación y desarrollo de esa sustanciabilidad del derecho, la tramitación, en una palabra, la encontramos en las leyes adjetivas, en las leyes procesales ó de Enjuiciamiento; y éstas, para que sean buenas, deben hacerse baja la pauta de aquéllas, deben modificarse á medida que aquéllas se modifiquen, y jamás deben contradecir á aquéllas porque á su sombra nacen, á su sombra se desarrollan, y sin aquéllas no pueden tener lógica y razonable vida. Para que se tramite la manera de hacer valedero un derecho, es necesario que el derecho exista; para enjuiciar contra uno por el cumplimiento de una obligación, es indispensable que la obligación haya nacido; y

Digitized by Google

ese derecho y esa obligación no pueden nacer sino por virtud de las leyes positivas; luego sin éstas, de nada servirían las leyes adjetivas. Por esto la concurrencia de créditos y sin prelación debe definirlos y regularlos el Código Civil español como lo hacen los del Uruguay y Guatemala, para que bajo las bases por los mismos sentadas funcionen los Tribunales, aplicando, en la sustanciabilidad, el Código; en la tramitación, la ley de Enjuiciamento Civil.

Es más, nuesta Ley Hipotecaria, sustantiva también, pero especial, ha venido á modificar nuestras antiguas leyes, en que la sustanciabilidad y el procedimiento se confunden, al fijar el orden de preferencia de los acreedores. Dicha ley se apartó en sus últimas modificaciones de las hipotecas general y tácita, para sustituirlas por las especiales y expresas, fijando así más el criterio de la responsabilidad, y hoy el Código no sólo confirma tan razonables principios, sino que dicta nuevas reglas con referencia á ciertos créditos sobre bienes muebles, de que la legislación hipotecaria no habría podido ocuparse.

El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, dice el art. 1911 que comentamos; mientras la deuda no se extinga totalmente, pesa sobre el deudor el deber moral y jurídico de satisfacerla; pero es posible que el patrimonio del obligado se reduzca de tal modo que el pasivo sea mayor que el activo, que el *debe* sume más que el *haber* de una casa; y como entonces no todos los acreedores podrán ser pagados, de aquí el concurso de acreedores, y la necesidad de fijar la prelación de créditos. Para esto es indispensable sentar ciertos principios en los Códigos civiles; principios en los que además de determinar el *sumun jus*, se prevean las principales circunstancias que puedan preveerse, y teniéndolas en cuenta, armonizando aquellos principios de extricto derecho con los de equidad, funden las bases de toda prelación.

Todos los créditos son igualmente sagrados, pero no todos son igualmente preferentes. La distribución á prorrata del caudal del deudor entre los acreedores, echaría por tierra el principio jurídico, de que quien es primero en tiempo es preferente en derecho. Esto por su origen: en cuanto á su naturaleza, no puede ser igual un crédito hipotecario, que uno puramente kirografario; porque de serlo estarían demás todas las disposiciones de la Ley Hipotecaria y todas las precauciones que los más desconfiados hubiesen adoptado. Por esto aunque se diga con razón que los más exigentes son los que cobran mejor, no puede atacarse la esencia de las leyes, sino los defectos de la humanidad.

Precedentes encontramos en algunas disposiciones del Digesto, y en la ley 8.ª, tit. 3.º, Part. 7.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1920, propuso un precepto análogo, que en relación está con el art. 1175 de este mismo Código, y con los arts. 1139 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

Digitized by Google

Concuerda con los arts. 2092 del Código de Francia, 1948 del de Italia, 2092 del de Bélgica, 2384 del de Guatemala, 2565 del de Chile, 2054 del de México, 1928 del de la Baja California, 2504 del de Campeche, 2404 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1912. El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, ó cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento civil.

De referencia es realmente este artículo, si bien en él se sienta lo que aun cuando establecido estaba en la ley de enjuiciar, conviene que quede consignado en este Código, pues sustancial es la facultad que aquí se concede al deudor de solicitar de sus acreedores quita y espera de sus deudas; ó pedir solo espera, que es lo más frecuente, ó cualquiera de las dos; sin que produzca esto efectos jurídicos sino en los casos previstos en la ley de Enjuiciamiento civil.

Precedentes vemos en las leyes 32 y 35, tit. 18, Part. 3ª, y está en perfecta relación todo este título con los arts. 1130 al 1317 de la ley de Enjuiciamiento civil, y el art. 1912 que de nuestro Código comentamos con el 1130 de dicha ley, y con los arts. 870 al 873 del Código de Comercio.

Art. 1913. El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentare en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida.

Es también este precepto de los que, derivados del Código de Comercio, han venido á nuestro Código civil concediendo al deudor un medio de evitar la quiebra. Dentro de la buena fe tanto este artículo como el 870 del Código de Comercio, deberían producir beneficiosos efectos, no solo para el deudor sino para los mismos acredores, pues la suspensión de pagos establecida en dicho art. 870, cuando el deudor prevea la imposibilidad de atender en un día dado á todas sus obligaciones, con una decente y correcta intervención de la legítima representación de los acreedores, y con buena fe solicitada, restañaría las heridas del crédito y daría seguridad á los acreedores; pero desgraciadamente el Código de Comercio en esto parece haber sido dictado para favorecer el fraude y todo género de estafas, no teniendo por otro lado verdadera ley procesal que llene sus necesidades, su aplicación es difícil y embarazosa. Con gusto en-

Digitized by Google

trariamos á señalar los defectos que vemos en aquel Código; pero el temor de confundir un comentario con otro nos priva de efectuarlo.

Nuestro Código, en el artículo que comentamos, no da facultad como aquel Código comercial, sino que impone la obligación de presentarse en concurso, ante el Tribunal competente, al deudor que hubiese dejado de pagar obligaciones corrientes por ser su pasivo mayor que el activo; y aunque ninguna pena designa para el que no cumple tal deber, teniendo en cuenta que la ley de Enjuiciamiento permite á los acreedores solicitar la declaración del concurso, mediante justificación de la existencia de dos ó más ejecuciones pendientes contra una misma persona insolvente, se vé que el Código ha dejado su sanción á la ley de procedimiento ya establecida, colocando á tal deudor en la fatal situación de un concurso necesario, pues sabido es que éste incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquier otra administración que por la ley le corresponda.

Por efecto del concurso los bienes del deudor se embargan y depositan, tiene lugar la ocupación de sus libros y papeles; la retención de su correspondencia; y todo esto inutiliza al deudor para proseguir en el ejercicio de profesión alguna; por consiguiente, el entredicho es absoluto, completa la incapacidad, sin que pueda verificar gestión alguna sobre sus bienes, y si la realiza, es nula, por reputarse hecho en fraude de los acreedores; su personalidad queda anulada, y en cuanto á los efectos del concurso se transfiere á los síndicos, que son sus legítimos representantes.

Vemos análogos preceptos en los arts. 1156 al 1173 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en la regla 8.ª del art. 63 de la misma, que fija la competencia, debiendo tenerse presente la última parte del art. 870 ya citado del Código de comercio, y el núm. 5.º del art. 542 del Código penal.

Art. 1914 La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda.

Será rehabilitado en sus derechos terminado el concurso, si de la calificación de éste no resultase causa que lo impida.

Ya lo hemos dicho anteriormente, la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y de cualquiera otra administración que por la ley le corresponda. La sociedad honrada debía colocar sobre él un estigma de degradación y oprobio, que le diera á conocer para que ni él ni sus familiares pudiesen defraudar á nuevos incautos que creyendo en la honradez de los demás, como en la suya propia, no aciertan á comprender en nadie la mala fe.

Digitized by Google

La rehabilitación del concursado debe mermarse, pues, seguramente, si las cosas fuesen lo que debian ser, pocas veces seria procedente ante el derecho, y jamás ante la moral, sino pagó religiosamente sus deudas.

En relación está con el art. 1161 de la ley de Enjuiciamiento civil, y con el 878 del Código de comercio.

Concuerda con los arts. 2327 del Código del Uruguay, 2467 del de Chile y otros.

Art. 1915. Por la declaración de concurso vencen todas las deudas á plazo del concursado.

Si llegaron á pagarse antes del tiempo prefijado en la obligación, sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero.

En este precepto se ven reproducidos los de los arts. 1172 de la ley de Enjuiciamiento civil y 883 del Código de comercio; y alguna relación tiene con el artículo 1108 de este mismo Código, en cuanto trata de la indemnización de daños y perjuicios que consistirá en el pago de los intereses convenidos, y á falta de esto, en el interés legal desde el vencimiento de la obligación.

En cuanto al vencimiento de las deudas á plazo del concursado, no cabe duda que por la declaración del concurso todas quedan en una misma situación, pues de lo contrario, se crearia un privilegio en favor de unos acreedores, perjudicando á otros. Y menos dudosa es la equitativa y justa medida tomada en el 2.° apartado de este art. 1915, en cuanto á lo que se pagó antes del tiempo fijado en la obligación, pues es lo menos que podia hacerse en pro de la masa del concurso, el descuento correspondiente al interés legal del dinero, porque aparece tan raro el pago adelantado de ciertas obligaciones que un concursado hiciere, que da lugar á sospechar de malicioso.

Está en relación el precepto que nos ocupa con los arts. 1126, 1129 y 1756 de este mismo Código; 879 al 882 del de comercio, y núm. 5.° del art. 548 del Código penal.

Sabido es que el interés legal es el 6 por 100.

Art. 1916. Desde la fecha de la declaración de concurso dejarán de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance su respectiva garantía.

Si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarán los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuere menor.

Digitized by Google

Copiado parece el primer apartado de este artículo del 884 del Código de Comercio, pues excepto las palabras *quiebra* y *quebrado* allí empleadas, y aquí sustituidas por las de *concurso* y *concursado*, son enteramente iguales; y se comprende que así sea, pues aquél se dirije á la regulación de los actos del comerciante, entre los que no cabe mas que la quiebra; y aquí, ante el derecho civil, se estudian los actos de los deudores comunes entre los que no es admisible aquélla, y se efectúa el concurso. Pues bien, en unos y en otros, se tiende al aseguramiento de los bienes del deudor para atender á sus obligaciones; y si los bienes que se le encuentran no son suficientes á cubrir el importe de aquéllas, mucho menos han de serlo para el pago de los intereses que dichas obligaciones devenguen; y á fin de que los acreedores no pretendan que se computen los réditos en el total de sus créditos, determina este artículo que desde la fecha del concurso dejan de devengar intereses todas las deudas del concursado, exceptuando sólo los créditos hipotecarios y los pignoraticios hasta donde alcancen sus respectivas garantías; cuya excepción es solo relativa, pues tratándose de la hipotecaria no se extiende mas que á los intereses de los dos últimos años y á la parte vencida de la corriente anualidad, pues solo estos son los que la hipoteca garantiza, según el art. 114 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde al 128 de la de Cuba y al 122 de las de Puerto Rico y Filipinas; si el acreedor no hizo uso del medio que autoriza el art. 115 de dicha ley hipotecaria peninsular, de ampliar la hipoteca á todos los intereses vencidos y no pagados.

Alguna relación tiene el precepto que al presente nos ocupa con los artículos 1268 y 1286 de la ley de Enjuiciamiento civil; con los arts. 1755, 1756 y 1876 de este mismo Código; con los arts. 114 al 116 de la ley hipotecaria antes indicados, y con el art. 8.° de la ley de 14 de Marzo de 1856.

Art. 1917 Los convenios que el deudor y sus acreedores celebraren judicialmente, con las formalidades de la ley, sobre la quita y espera ó en el concurso, serán obligatorios para todos los concurrentes y para los que, citados y notificados en forma, no hubieren protestado en tiempo. Se esceptúan los acreedores que, teniendo derecho de abstenerse, hubiesen usado de él debidamente. Tienen derecho de abstenerse los acreedores comprendidos en los artículos 1922, 1923 y 1924.

Tiene este artículo dos preceptos; en el 1.° se fija una regla general por demás provechosa, útil y de buen sentido; en el 2.° se sienta una excepción equitativa y justa.

No cabe duda que los convenios que el deudor y sus acreedores celebren

Digitized by Google

judicialmente con arreglo á ley sobre la quita y espera, ó en el concurso, deben ser obligatorios para todos los concurrentes, pues no ha de presumirse que los que concurran precisamente á aquel convenio ante la autoridad judicial estén en disconformidad con lo que fué objeto de la diligencia á la que acudieron; pero no encontramos igualmente justo que obligue á los que no acudieron, si, citados y notificados en forma, dejaron de protestar en tiempo oportuno.

Mas justo fuera que á los que no concurran se les tuviera como conformes cuando expresamente se adhiriesen al convenio; porque realmente es duro que por no haber protestado en tiempo, se obligue á quien ninguna participación tuvo en tal convenio, mucho más cuando una citación ó una notificación aparentemente legal es fácil obtener, y cuando, aunque sea cierta la notificación, puede trascurrir insensiblemente el tiempo prefijado para formular la protesta.

La excepción se reduce á los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios.

Está en relación el art. 1917 que de nuestro Código comentamos, con los arts 1922. al 1924 que en el mismo se expresan, con el art. 900 del Código de Comercio y con los arts. 1151 al 1152 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 1918. Cuando el convenio de quita y espera se celebre con acreedores de una misma clase, será obligatorio para todos el acuerdo legal de la mayoría, sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos.

Se comprende perfectamente que cuando el convenio se celebra con acreedores de una misma clase sea obligatorio para todos el acuerdo tomado por mayoria; pero asi como el que fué citado y no compareció puede formular la oportuna protesta á que se refiere el artículo anterior, debia admitirse también protesta del que acudiendo á la junta no estuviese conforme con la mayoria y razonase su oposición; pues en cuestiones puramente privadas no es la ley de las mayorias la que ha de obligar á un particular á la pérdida de sus derechos civiles.

En cuanto á la prelación de créditos no cabe la menor duda, pues aunque sean éstos de la misma clase, puede haber preferencia de derecho en razón al tiempo de su origen.

Guarda relación este precepto con el del art. 1152 de la ley de Enjuiciaminto civil, si bien, según éste, los acreedores comprendidos en el art. 1140 de la misma ley, que se hubieren abstenido de votar, y los que, citados personalmente, no hubieran acudido á la junta, dejaron de quedar obligados.

Digitized by Google

Art. 1919. Si el deudor cumpliere el convenio, quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo; pero, si dejare de cumplirlo en todo ó en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la declaración ó continuación del concurso.

Distinguese en este precepto perfectamente el caso en que el deudor cumpliese con el convenio, del en que dejare de cumplirlo en todo ó en parte. Y es que el convenio aquí, como la suspensión de pagos entre comerciantes, no es mas, mejor dicho, no debe ser mas que un compás de espera para que el deudor de buena fé pueda salir de una situación embarazosa por él no buscada, demostrando á sus acreedores, con el cumplimiento de sus deberes, su reconocimiento y honradez, y revelando su infamia y su maldad con el incumplimiento de lo convenido. Por eso en el primer caso quedarán extinguidas sus obligaciones, y en el segundo cualquiera de los acreedores que vea incumplimentado el convenio podrá ejercitar su primitivo derecho por la totalidad de su crédito, y pedir la declaración ó continuación del concurso en su caso.

Alguna relación tiene con el núm. 5.º del art. 1291 de este mismo Código, y concuerda perfectamente en esto nuestro Código con los arts. 905 y 906 del Código de Comercio y con el 1155 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 1920. No mediando pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán estos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada.

Como ya dijimos que la razón del convenio es la tregua que al deudor se le concede, nada tiene de particular este precepto; pues el mismo deudor si es honrado y llega á adquirir una fortuna ulteriormente, debe en conciencia abonar expontáneamente á sus acreedores aquello que dejó de satisfacerles por efecto del convenio y tregua que generosamente le concedieron. Lo contrario revela tendencia á la defraudación y á la estafa, muy contrarias á la honradez, moralidad y gratitud de la generalidad de los españoles.

El art. 1153 de la ley de Enjuiciamiento Civil concuerda perfectamente con el que de nuestro Código comentamos, que está en estrecha relación con el artículo 907 del Código de Comercio.

Digitized by Google

CAPITULO II.

De la clasificación de créditos.

Art. 1921. Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el órden y en los términos que en este capítulo se establecen.

Terminado el capítulo 1.° de este título, tratadas ya aunque ligeramente las disposiciones generales sobre concurrencia y prelación de créditos, de que la ley de Enjuiciamiento y el Código de Comercio se ocupan, hemos de comenzar ahora en este capítulo segundo á estudiar la clasificación de los créditos.

Prescindiendo de lo que dispusieron un tiempo las antiguas leyes de nuestra patria; sin recordar siquiera las diferentes vicisitudes porque la clasificación de créditos pasó ante la promulgación de la ley Hipotecaria y sus reformas, hemos de exponer si, que nuestro Código ha simplificado grandemente todas aquellas disposiciones, clasificando los créditos en cuatro clases: 1.ª, de preferencia con relación á determinados bienes muebles del deudor; 2.ª, preferentes con relación á ciertos bienes inmuebles y derechos reales; 3.ª, Preferidos con relación á los demás bienes muebles é inmuebles de deudor y 4.ª, Comunes ú ordinarios, dentro de cuya clasificación, los que forman el tercer grupo, guardan entre si el orden que marca el art. 1924 de este mismo Código, comprendiéndose perfectamente en el art. 1922 los del primer grupo; el artículo 1923 los del segundo; y en el art. 1925 los verdaderamente comunes ú ordinarios.

Dejaremos de ocuparnos aquí de los cinco principios cardinales que para esta clasificación de créditos inició el Código francés, y han seguido literalmente los de Bélgica, Italia y Holanda en particular, aunque si indicaremos á la ligera que tales principios eran: 1.° Que los bienes del deudor son la fianza de sus acreedores, y que debe distribuirse entre los mismos proporcionalmente el importe de los mencionados bienes, á no ser que existan entre ellos causas legítimas de prelación. 2.° Que las causas de prelación son el privilegio y la hipoteca: 3.° Que el privilegio es un derecho de prelación que la ley concede por razón de la causa del crédito: 4.° Que el crédito privilegiado se prefiere á todos los demás, aunque sean hipotecarios: 5.° Que entre muchos créditos privilegiados se determina por la ley la prelación, según la calidad del privilegio. Pues bien, todos estos principios, que tanto algunos celebran como un adelanto en

Digitized by Google

la esfera del derecho moderno, los que sustentan los arts. 2330 del Código del Uruguay, 2472 y 2478 del de Chile; los principios sustentados en el art. 884 del de Portugal, en número de seis; no rayan á la altura de la ordenada y lógica clasificación que hace nuestro Código en los tres grupos antes indicados de preferencia, además de los ordinarios.

Concuerda el art. 1921 de nuestro Código con los arts. 2328 del Código del Uruguay, 2475 del de Chile y otros, los cuales, especialmente el del Uruguay, determinan que el privilegio es un favor especial con que la ley mira ciertos créditos personales en concurso de acreedores, sin que por eso pasen en caso alguno contra terceros poseedores, haciendo tres clases de créditos preferentes ó personales privilegiados.

Art. 1922. Con relación á determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

1.° Los créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

2.° Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

3.° Los garantizados con fianza de efectos ó valores, constituida en establecimiento público ó mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

4.° Los créditos por tansporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta dias después de ésta.

5.° Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

6.° Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

7.° Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraidos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta dias contados desde que ocurrió la sustracción.

Digitized by Google

Difícil es ir siguiendo uno á uno los siete números que consigna este artículo para determinar la preferencia que gozan ciertos créditos con relación á determinados bienes del deudor; y por más que no haya verdadera concordancia en los arts. 1924 al 1926 del Proyecto de Código de 1851, que sobre este particular propusieron varios preceptos más ó menos atinentes, los que, consignados quedaron en el art. 1926 de dicho Proyecto, guardan bastante conformidad con los del art. 1922 que de nuestro Código nos ocupa.

La razón del primer número, ó sea de gozar de preferencia los créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de venta de los bienes muebles que estén en poder del deudor hasta donde alcance el valor de los mismos, se encuentra en que sin estos gastos no existiría la cosa objeto de la deuda, por consiguiente el privilegio no alcanza á los gastos voluntarios ó de puro ornato, ni á los útiles.

El 2.° caso se funda en que el derecho de prenda no se adquiere sino con la entrega de la cosa, ni se conserva mas que con la posesión.

El 3.° se desprende de la presunción legal de haber sido ésta la intención de las partes, mucho más cuando inspirándose en el art. 918 del Código de Comercio, se pondría en contradicción con él, si otra cosa se determinase; y realmente los acreedores con *prenda* constituida por escritura pública ó en póliza intervenida por agente ó corredor, no tendrán obligación de traer á la masa los valores ú objetos que recibieron en prenda.

El 4.° caso se deduce de su mismo texto. La ley establece la presunción de que así lo quisieron las partes ó tal debió ser su intención, que los mismos efectos transportados fuesen la prenda del precio de su transporte; y aquí se ha dado la fuerza de precepto legal á dicha presunción, pero esa prenda y ese privilegio no se extiende más allá de la fecha de la entrega de los efectos entregados y treinta días después. Cuya limitación es muy lógica, pues difícil sería por término mayor, poder embargar las cosas transportadas para reintegrarse del precio de su transporte. El Proyecto de 1851, en su art. 1926, tanto en este caso como en el de nuestro núm. 1.°, expresaba que ese privilegio ó preferencia, no podía ir más allá de cuando no habían sido traspasados á terceras personas los muebles construidos ó transportados.

El 5.° caso del art. 1922 que nos ocupa (4.° del Proyecto de 1851 y núm. 5 del 2102 del de Francia y del de Bélgica), es idéntico en muchos Códigos extranjeros, y se supone ha de existir esa preferencia sobre los muebles propios del mismo huesped. Este precepto da á los posaderos, por una presunción *juris et de jure*, el derecho de prenda en los efectos introducidos y existentes, animados ó inanimados, cuya garantía aparece tan justa como la obligación que tienen de recibir los viajeros, y la responsabilidad que para la seguridad de sus efectos se les impone.

El 6.° caso de este art. 1922 fué objeto ya de la ley 6.ª, tit. 11, lib. 10 de la No-

Digitized by Google

visima Recopilación; habiéndose tratado también en el núm. 1 del art. 2102 del de Francia, é igual número y artículo del de Bélgica, así como se ve en otros Códigos extranjeros con más ó menos ampliación. El interés de la agricultura reclama el sostenimiento de esta preferencia, que guarda conformidad con la doctrina legal de que no se reputan frutos sino los que restan deducidos los gastos hechos para su producción, recolección ó conservación; y por ello tal privilegio, no solo es tenido por el acreedor sobre los frutos mientras están pendientes, sino después de recogidos, con tal que no hayan sido vendidos.

En cuanto al 7.° caso del mencionado artículo, es evidente que gozan de preferencia los créditos por alquileres y rentas de un año sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma, pues tal garantía está en relación con lo que se consigna en el número 1 de este mismo artículo, y más todavía con lo expuesto en el núm. 4 de dicho artículo, porque natural y lógico es que si el inquilino de una casa debe los alquileres de un año, los bienes muebles que el inquilino tenga dentro de la misma, respondan al dueño con preferencia á todo otro acreedor de dicho inquilino, como deben responder preferentemente los frutos de la finca arrendada por ser una consecuencia de la vida de dicha finca que al dueño pertenece y que con tal dominio no puede menos de tener privilegio sobre los demás acreedores de su colono. Este privilegio fue conocido ante el derecho romano con el nombre de prenda ó hipoteca tácita legal, distinguiendo perfectamente los predios rústicos y urbanos; tanto es así, que las leyes 7.ª, tit. 1.°, lib. 20 del Digesto; 7.ª, tit. 15, lib. 8.° del Código romano, y 5.ª, tit. 8.°, Part. 5.ª, vinieron á determinar con bastante acierto cuanto á este caso se refiere.

El Proyecto de 1851, en su art. 1926, propuso un precepto en el que se contenían casos de preferencia algún tanto análogos al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 335, 336 y 1858 de este mismo Código; 320, 321, 375, 376, 908 al 913 y 918 del Código de Comercio; y 1268 al 1277 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Concordancias vemos en los arts. 2102 del Código de Francia, 1958 del de Italia, 2102 del de Bélgica, 2410, 2412 al 2416 del de Guatemala, 2323 del del Uruguay, 1009 del de Portugal, 2474 del de Chile, 2124 del de Bolivia, 3183 y 3184 del de la Luisiana, 1185 del de Holanda, 1572 del de Vaud, 2085 al 2088 del de México, 1951 al 1954 del de la Baja California, 2085 al 2088 del de Campeche y 2410 del de Veracruz-Llave.

Art. 1923. Con relación á determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

1.° Los Créditos á favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

Digitized by Google

2.° Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

3.° Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados é inscritos en el Registro de la propiedad, sobre los bienes hipotecados ó que hubiesen sido objeto de la refacción.

4.° Los creditos preventivamente anotados en el Registro de la propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto á créditos posteriores.

5.° Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles á que la refacción se refiera, y solo respecto á otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.

Comprende este artículo el segundo grupo de créditos preferentes de que antes nos ocupamos, ó sea de los créditos preferentes con relación á ciertos bienes inmuebles y derechos reales; y en él vemos en primer término que gozan de esa preferencia los créditos á favor del Estado sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos; pues realmente tienen un carácter verdaderamente privilegiado, reminiscencias de las suprimidas hipotecas tácitas que contradicen los principios más cardinales de la ley hipotecaria, puesto que son obligaciones reales que sin que se deriven de ningun contrato gravan directamente los bienes á que se refieren.

Vemos en segundo lugar con análoga preferencia, los créditos de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y por los últimos dividendos que se hubiesen repartido cuando se trate de sociedad de seguros mútuos en que no hay premio fijo ni determinado del seguro; pues sobre existir relativamente á estos créditos parecidos fundamentos á los que sirven de base para los créditos á favor dél Estado que acabamos de indicar, se deduce su preferencia de análogos principios á los que quedaron sentados en el estudio del número 4 del artículo anterior.

Bajo el núm. 3, se designan como preferentes los créditos hipotecarios y los refaccionarios anotados é inscritos en el Registro de la propiedad sobre los mismos bienes hipotecados ó que hubiesen sido objeto de la refacción, y esto que en relación está con el art. 24 de la ley Hipotecaria, no deja de estarlo con los arts. 23, 25, 59 al 64, 92 al 95 y 105 de la mencionada ley, así como con los arti-

Digitized by Google

culos 51 al 56 y 102 del Reglamento para su ejecución; pero esto debe entenderse siempre que la prelación que gozan dichos créditos entre sí se somete al orden de antigüedad de las respectivas inscripciones ó anotaciones.

En el 4.° número de este artículo que nos ocupa, se previene que gozan tambien de preferencia los créditos preventivamente anotados en el Registro, en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros, ejecución de sentencias sobre los bienes anotados, y solo en cuanto á créditos posteriores; con lo cual se viene sosteniendo el espíritu y tendencias del art. 44 de la ley Hipotecaria peninsular, que en relación está con lo que preceptúan los números 2.°, 3.° y 4.°, del art. 42 de la misma, teniendo también estrecha relación con los arts. 41 al 45, 59 y 63 del Reglamento para su ejecución; arts. 921, 1397 al 1401, 1407 al 1409, 1411 al 1418 y 1453 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En cuanto al 5.° número que comprende los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos sobre los inmuebles á que la refacción se refiera, gozan de preferencia entre sí por orden inverso de su antiguedad, por razón de su naturaleza y por el objeto á que se aplican, pero esto tan solo respecto á otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores, refiriéndose á los créditos que tienen preferencia sobre bienes determinados; pero en cuanto á los que no la tienen, quedan sujetos para su pago á las prescripciones del art. 1929. Este número tiene sus precedentes en la ley 5.ª, tit. 4.°, lib. 20 del Digesto, y en las leyes 26 y 28, tit. 13, Part. 5.ª; así como también los tiene el número 1 de este artículo en las leyes 1.ª, párrafo 1.°, tit. 4.°, lib. 39 del Digesto; 1.ª, tit. 46, lib. 4.° del Código romano; 1.ª, tit. 15, lib. 8.° del mismo Código; 25 y 33, tit. 13, Part. 5.ª; teniendo relación con el mismo las leyes de 5 Septiembre de 1907, 21 Noviembre de 1908, 20 Febrero de 1850 en su art. 13; art. 13 de la ley de 25 Junio de 1870; arts. 168 y 218 de la Ley Hipotecaria; art. 18 de la instrucción de 9 Noviembre de 1874 para la redacción de los instrumentos públicos; cuyo dicho artículo con los 168 y 220 de la Ley Hipotecaria, en relación están también con el núm. 2 del que comentamos.

Art. 1924. Con relación á los demás bienes muebles é inmuebles del deudor, gozan de preferencia:

1.° Los créditos á favor de la provincia ó del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1923, núm. 1.°

2.° Los devengados:

A Por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización ó aprobación.

B Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y

Digitized by Google

también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.

C Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el dia del fallecimiento.

D Por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos, correspondientes al último año.

E Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituída bajo su autoridad, en comestibles, vestido ó calzado, en el mismo período de tiempo.

F Por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, á no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

3.° Los créditos que sin privilegio especial consten:

A En escritura pública.

B Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

El tercer grupo á que antes nos hemos referido, ó sea los que gozan preferencia con relación á los demás bienes muebles é inmuebles del deudor, guardan entre si el orden expuesto en este artículo, que no dejará de tener sus complicaciones y ofrecer sus dificultades en la práctica, por más que podrán solventarse algunas de ellas, relacionando armónicamente dichos preceptos con los del art. 1268 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Gozan por lo tanto, según el artículo que de nuestro Código nos ocupa, de preferencia con relación á los demás bienes muebles ó inmuebles del deudor; en primer lugar los créditos á favor de la Provincia ó del Municipio por impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el número 1.° del artículo anterior, que se refiere puramente á los créditos en favor del Estado. De manera, que vemos los créditos á favor del Estado comprendidos en el primer número del 2.° grupo; y los de la Provincia ó del Municipio, comprendidos en el primer número del tercer grupo; es decir, que mientras los del Estado se encuentran entre los preferentes con relación á ciertos bienes inmuebles y derechos reales; los de las provincias y de los municipios, se consignan entre los comunes ú ordinarios; viéndose que entre las hipotecas legales que establece el art. 168 de la Ley Hipotecaria, se halla en quinto lugar la constituida en favor del Estado, las provincias y los pueblos; lo cual indica claramente que en dicha ley se dá igual preferencia á unos que á otros, como sucede también en lo que preceptúa el art. 218 de dicha Ley Hipotecaria respecto

Digitized by Google

á los derechos preferentes que sobre cualquier acreedor tiene tanto el Estado, como las provincias y los pueblos, para el cobro de una anualidad de los impuestos que graven á los inmuebles; relacionándose ésto con lo que determina el art. 18 de la instrucción de 9 Noviembre de 1874 antes citada.

Coloca nuestro Código en 2.° lugar, entre estos créditos preferentes, los que se devengan por gastos de justicia y administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización y aprobación; los que se devenguen por los funerales del deudor, de los de su mujer é hijos constituidos bajo su potestad; los gastos de la última enfermedad de las mismas personas causadas en el último dia de su vida; por jornales y salarios de los dependientes y criados domésticos correspondientes al último año; por anticipaciones hechas al deudor para sí y su familia, ya en comestibles, ya en vestido ó calzado también para el último año; y las pensiones alimenticias durante el juicio de concurso que ya no se deduzcan procedentes de un título de mera liberalidad. Cuyas disposiciones tienen sus precedentes en las leyes 22, párrafo 9.°, tit. 30, lib. 6.° del Código romano; 72, tit. 2.°, lib. 35 del Digesto; 8.ª, tit. 6.°, Part. 6.ª; 45, tit. 7.°, lib. 11; 17, tit. 5.°, lib. 42 del Digesto; 42, tit. 13, Part. 1.ª; art. 912 del Código de Comercio, y en otras varias disposiciones.

El tercer número de este artículo, coloca entre los créditos del último grupo de los preferentes, los que, sin privilegio especial consten en escritura pública, ó por sentencia firme si hubieren sido objeto de litigio; teniendo preferencia entre sí por orden de antigüedad de las fechas de las escrituras ó de las sentencias; comprendiéndose entre estos créditos los que en derecho romano se conocian con el nombre de chirografarios, de los que ya se ocupó la ley 6.ª, tit. 72, lib. 7.° del Código romano, y la ley 5.ª, tit. 25, libro 10 de la Novísima Recopilación.

No es fácil venir á determinar aquí la relación que el artículo que comentamos tenga precisamente con diferentes números diseminados en distintos artículos del Proyecto de Código de 1851, pues el intentar tal determinación, no daria otro resultado que el de confundir al hombre de estudio sin aprovechamiento alguno, puesto que aquél nunca tuvo carácter de precepto de ley, ni los preceptos contenidos en el mismo han de influir en las decisiones de los Tribunales, siéndonos permitido tan solo el lujo de aquellas citas cuando son exactas y concretas, como medio de estudiar las vicisitudes de nuestro derecho civil, y los estúdios preparatorios hechos para venir á la publicación de este Código, en el que tiene relación el artículo que comentamos, con los arts. 331 al 336, 1218, 1227 y 1228, así como con los arts. 912 y 913 del Código de Comercio.

Vemos alguna concordancia con los arts. 2101, 2104 y 2105 del Código de Francia, 2472 y 2473 del de Chile, 2101, 2104 y 2105 del de Bélgica, 2322 del del

Digitized by Google

Uruguay, 2406 del de Guatemala, 2123 del de Bolivia, 1575 del de Vaud, 1195 del de Holanda, 3158, 3159, 3166 al 3171 y 3219 del de la Luisiana, 2090 del de México, 1956 del de la Baja California, 2090 del de Campeche y 2409 del de Veracruz-Llave; debiendo hacer presente que si bien este último es uno de los que más se parecen al nuestro, se refiere sólo á los privilegios generales sobre bienes muebles, los de México, Campeche y Baja California, los consideran comprendidos entre los acreedores de tercera clase, incluyendo entre ellos también los créditos del Erario y de los establecimientos públicos; el de Holanda incluye además en el citado artículo los gastos de conducción y sus accesorios, así como también todo lo que se deba á los albañiles, carpinteros y demás operarios por edificación, reconstrucción ó reparación de inmuebles, etc., y las indemnizaciones y pagos á que están obligados los funcionarios públicos por negligencia, abuso, etc.: siendo muy parecido al nuestro el precepto citado del Código de Italia, primero de los que aquél se ocupa al tratar de los privilegios sobre los muebles.

Es notable la división que hace de los créditos privilegiados el Código del Uruguay en tres clases, pero se observa que en la primera clase de créditos privilegiados, se comprende precisamente los que nuestro Código consigna en el art. 1924, incluyendo además, entre ellos el del Uruguay en 6.° lugar de esa primera clase, los atrasos de impuestos públicos ó municipales.

Art. 1925. No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, ó por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.

Estos son los créditos que verdaderamente pueden considerarse comunes, puesto que están fuera de los que anteriormente se consignan como privilegiados, y así se deduce de la misma letra de este artículo, puesto que en él se previene que no gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase de los anteriormente enumerados.

Es decir, que aquí, una vez sentada la clasificación de créditos bajo los tres grupos de preferencia comprendidos en los arts. 1922, 1923 y 1924, se preceptúa en este art. 1925 que los créditos de cualquiera otra clase ó que se deriven de títulos distintos de los comprendidos en los tres artículos anteriores, no gozan de preferencia alguna; son comunes ú ordinarios.

Concuerda con los arts. 2483 del Código de Chile, 2423 del de Guatemala, 2339 del del Uruguay, 2097 del de México, 3876 del de la República Argentina, 1962 del de la Baja California, 2097 del de Campeche, sexto grado de los comprendidos en el art. 2412 del de Veracruz-Llave y otros.

Digitized by Google

CAPITULO III.

De la prelación de créditos.

Art. 1926. Los créditos que gozan de preferencia con relación á determinados bienes muebles, excluyen á todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble á que la preferencia se refiere.

Si concurren dos ó mas respecto á determinados muebles, se observarán, en cuanto á la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1.ª El crédito pignoraticio excluye á los demás hasta donde alcance al valor de la cosa dada en prenda.

2.ª En el caso de fianza, si estuviere ésta legitimamente constituida á favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el órden de fechas de la prestación de la garantía.

3.ª Los créditos por anticipo de semillas, gastos de cultivo y recolección, serán preferidos á los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquellos sirvieron.

4.ª En los demás casos el precio de los muebles se distribuirá á prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación á los mismos.

En la complicada materia que al presente nos ocupa, encontramos este capitulo 3.º dedicado á tratar de la prelación de los créditos, que tiene estrecha relación con el capitulo anterior, en el que nuestro Código muy acertadamente ha fundado la clasificación de créditos en una sola base, la de los bienes que responden del pago de los mismos; y por esto en la primera agrupación (articulo 1022) comprendió aquellos créditos de cuyo pago responden precisamente determinados bienes muebles del deudor; en la 2.ª colocó los créditos de cuya solvencia responden los bienes inmuebles y derechos reales del deudor (art. 1923); y en la 3.ª agrupación consignó los créditos de cuya satisfacción responder deben los demás bienes muebles é inmuebles (art. 1924): siendo los demás considerados como comunes y ordinarios (art. 1925).

Pues bien, esta clasificación mas técnica y jurídica que la establecida en la ley de enjuiciar, en la que se atendia á la naturaleza de los créditos y á la fe-

Digitized by Google

ma en que se hacian constar, mas que á su garantía, facilita notablemente el trabajo para la prelación de créditos; pues una vez clasificados, puede asegurarse que la prelacion está hecha sin mas que atender á aquélla, quedando todo reducido á tener en cuenta los principios allí sentados para aplicarlos al órden interior de cada grupo, órden que la misma ley prefija atendiendo á la naturaleza especial de cada crédito; teniendo siempre presente que los del primer grupo de la clasificación de preferencia ó sea los del art. 1922 que gozan de preferencia con relación á determinados bienes muebles, excluyen á todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble á que la preferencia se refiere; y cuando concurran dos ó más acreedores de esta clase, es cuando los créditos comprendidos ó clasificados en el art. 1922 se gradúan para la prelación del pago en la forma aquí establecida, ó sea bajo las cuatro reglas de este art. 1926, pagándose en primer término el crédito pignoraticio con el valor de la misma cosa pignorada y hasta donde alcance; en segundo lugar, caso de fianza debidamente constituida, el de fecha anterior; en tercer término, caso de créditos procedentes de anticipo de semillas, cultivo, etc., etc., se dará preferencia al pago de los alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que dichas semillas, cultivo y recolección sirvieron; y por último, según el núm. 4, en los demás casos el precio de los muebles se distribuirá á prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación á los mismos.

Art. 1927. Los créditos que gozan de preferencia con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales, excluyen á todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble ó derecho real á que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos ó más créditos respecto á determinados inmuebles ó derechos reales, se observarán, en cuanto á su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1.ª Serán preferidos, por su órden, los expresados en los números 1.° y 2.° del artículo 1923 á los comprendidos en los demás números del mismo.

2.ª Los hipotecarios y refaccionarios, anotados ó inscritos, que se expresan en el núm. 3.° del citado artículo 1923 y los comprendidos en el núm. 4.° del mismo, gozarán de prelación entre sí por el órden de antigüedad de las respectivas inscripciones ó anotaciones en el Registro de la propiedad.

3.ª Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro á que se refiere el núm. 5.° del artículo 1923, gozarán de prelación entre sí por el órden inverso de su antigüedad.

Digitized by Google

No hemos de repetir aquí lo que antes digimos, ni hemos de copiar nuevamente el texto del artículo ya consignado. En este art. 1927 sucede relativamente al 1923, lo mismo que en el artículo anterior con relación al art. 1922. En el 1923 se clasificaron los créditos por los bienes inmuebles y derechos reales que de su pago respondían; ahora el art. 1927 que comentamos, gradúa la preferencia de su pago bajo aquellas bases allí establecidas, determinando que los créditos que de preferencia gozan con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales, excluyen á todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble ó derecho real á que la preferencia se refiera; pero cuando concurran dos ó más créditos de esta misma clase, han de pagarse preferentemente á los demás, por su órden; en primer lugar los comprendidos en los números 1.° y 2.° del repetido art. 1923; en segundo término los hipotecarios y refaccionarios del núm. 3.°, de los comprendidos en el número 4.° de aquel art. 1923, por el órden de antigüedad de sus respectivas inscripciones ó anotaciones en el Registro de la propiedad; y en tercer término, los refaccionarios no anotados ni inscritos á que se refiere el núm. 5.° del tantas veces citado art. 1923, por órden de fechas.

Precedentes encontramos en la ley 26, tit. 13, Part. 5.ª; y en relación está con los arts. 25 al 29 de la ley hipotecaria (pág. XI á la XIII).

Concuerda hasta cierto punto con los arts. 2324 del Código del Uruguay, 2477 y 2480 del de Chile, 1963 del de Italia y otros.

Art. 1928. El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación á determinados bienes, muebles ó inmuebles, se acumulará á los bienes libres que aquel tuviere para el pago de los demás créditos.

Los que, gozando de preferencia con relación á determinados bienes, muebles ó inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

Preceptúa este artículo lo que no podía menos de prescribir; que el remanente del caudal del deudor, satisfechos los créditos preferentes, debe acumularse á los bienes libres que el mismo tuviere para el pago de los demás créditos. Parecidas palabras contiene el tercer apartado del art. 918 del Código de Comercio: «el sobrante que resultare después de extinguido el crédito, será entregado á la masa»: y conviniendo con el 2.° apartado del art. 1928 que comentamos, dice el último párrafo de aquél: que, «si por el contrario, aún resultare

Digitized by Google

un saldo contra el quebrado, el acreedor será considerado como escriturario, en el lugar que le corresponda, según la fecha del contrato:» y el art. 919 de dicho Código comercial, expresa que: «los acreedores hipotecarios, cuyos créditos no quedasen cubiertos con la venta de los inmuebles que les estuviesen hipotecados, serán considerados, en cuanto al resto, como acreedores escriturarios, concurriendo con los demás de este grado, según la fecha de sus títulos». No ofrece, pues, dificultad alguna este artículo; está en perfecta relación con los preceptos del Código de Comercio; no se opone á los de la ley de Enjuiciamiento Civil, ni á los de la ley Hipotecaria, y en concordancia se encuentra con los arts. 2340 del Código del Uruguay, 2419 al 2421 del de Guatemala, 2486, 2489 y 2490 del de Chile, 2093 al 2097 del de México, 1959 al 1962 del de la Baja California, 2093 al 2097 del de Campeche y otros.

Art. 1929. Los créditos que no gocen de preferencia con relación á determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, ó cuando hubiese prescrito el derecho á la preferencia, se satisfarán conforme á las reglas siguientes:

1.ª Por el orden establecido en el art. 1924.

2.ª Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen comun, á prorrata.

3.ª Los créditos comunes á que se refiere el artículo 1925, sin consideración á sus fechas.

Aun entre los créditos que no gocen de preferencia con relación á determinados bienes dados en garantía, por carecer de ésta, ó por ser créditos puramente personales, era preciso establecer algunas preferencias en el pago para casos de concurso; mas esta preferencia no podia fundarse ni se funda en la asociación de bienes especiales para el cumplimiento de determinadas obligaciones, sino en la naturaleza misma de los créditos: por esto aquí la ley determina que son preferidos: 1.º, los comprendidos en el art. 1924; 2.º, los preferentes por orden de fechas; y 3.ª, los comunes á que se refiere el art. 1925 de este mismo Código, sin que sus fechas alteren la prelación de su pago; pues estos créditos comunes, se cobran todos al mismo tiempo de lo que en el fondo común queda, distribuyéndolo entre los mismos á prorrata.

El artículo que nos ocupa está en relación con el 1218 y el 1227 de este mismo Código, así como con el 917 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 2420 al 2422 del Código de Guatemala, 2339 del del Uruguay, 2489 y 2490 del de Chile, 2094, 2096 y 2097 del de México, 1960, 1961 y 1963 del de la Baja California, 2094, 2096 y 2097 del de Campeche y otros.

Digitized by Google

TÍTULO XVIII.

De la prescripción.

CAPITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1930. Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.

Uno de los títulos más importantes de nuestro Código es á no dudar este que al presente ha de ocuparnos tratando de la prescripción en sus diferentes acepciones.

Dividido el expresado título en tres capítulos, trata el primero de las disposiciones generales, entraña el segundo los preceptos que ha de regular la prescripción del dominio y demás derechos reales, y ocúpase el tercero de la prescripción de las acciones.

La prescripción lo mismo puede ser el medio de adquirir un derecho que la manera de libertarse de una obligación por el lapso de tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley. Es como la llamaba con propiedad suma y elegancia ingénita Cicerón *finem solicitudinis et litium*; por esto algunos han considerado que si desapareciese este fin de solicitudes y litigios, que se quitase del derecho positivo la prescripción, la sociedad no seria mas que un caos en el que los ciudadanos vivirian permanentemente en estado de guerra y de litigio. Por esto la prescripción se justifica; la pena de la negligencia y la presunción *juris et de jure* de que el antiguo propietario ha cedido su derecho ó dominio al poseedor de la cosa, adquieren solidez, por mas que aparezcan como argumentos subsidiarios.

Nuestro Código, siguiendo el ejemplo de los de Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Chile y Veracruz-Llave, ha consignado la prescripción en su último título dando á entender sin duda que la prescripción, hija de la posesión, es la que afirma y da existencia perdurable á todo derecho, si bien es un modo de adquirir por hechos y propia volición independientemente de toda ajena co-

Digitized by Google

operación, y en tal sentido se le coloca después de la ocupación y antes de los demás modos de adquirir en diferentes Códigos extranjeros, entre ellos el de Portugal y el de Guatemala; así como el Código del Uruguay la coloca en el libro 3.° al tratar de los modos de adquirir, después de las herencias, pago de deudas hereditarias y beneficio de separación; mientras que los Códigos de México, Baja California y Campeche se ocupan de la prescripción en el tit. 7.° del libro 2.°, después de la extinción de las servidumbres voluntarias: mas todos ellos conceptúan que la prescripción es el medio de adquirir el dominio de una cosa ó de librarse de una carga ó de una obligación mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

Bajo uno y otro aspecto, la prescripción puede considerarse más bien como una institución de derecho público que simplemente de derecho civil; así nació en Roma frente la antigua usucapión de los quirites, terminando por observarla cuando aquel derecho se humanizó y universalizó; siendo notabilísimo el magistral tratado que de la prescripción forman las leyes Justinianeas, en las que la filosofía y el tecnicismo impera hermanando el rigor del estricto derecho con los suaves perfiles de la equidad.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, tit. 3.°, lib. 41 del Digesto; 1.ª del mismo título y libro; 3.ª, tit. 11 del Fuero Real, y 1.ª, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en sus arts. 1933 y 1934, propuso preceptos análogos al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 468, 513, 528, 529, 537, 546 y 609 de este mismo Código, 942 al 954 del Código de Comercio y 131 del Código Penal.

Concuerda con los arts. 2219 del Código de Francia, 2105 del de Italia, 2219 del de Bélgica, 629 y 630 del de Guatemala, 1149 del del Uruguay, 505 del de Portugal, 2492 del de Chile, 2254 del de Bolivia, 1451 y 1452 del de Austria, 1983 del de Holanda, 1629 del de Vaud, 2420 al 2422 del de la Luisiana, 3947 del de la República Argentina, 1165 del de México, 1059 del de la Baja California, 1165 del de Campeche y 2416 y 2417 del de Veracruz-Llave; en todos los cuales informan los mismos principios ya indicados al definir la prescripción, así como los de que no se admiten otras prescripciones que las establecidas por la ley por cuanto la prescripción es uno de los modos de adquirir puramente por derecho civil que á la ley debe su fuerza y existencia.

Art. 1931. Pueden adquirir bienes ó derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos.

Es de buen sentido el artículo que acaba de consignarse y así lo determinaban ya varias disposiciones del Digesto, entre otras, la ley 4.ª, párrafos 1.° y 2.°, tit. 3.°, lib. 4.° de dicho cuerpo de derecho.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1935, propuso un precepto análogo, que en relación está, no solo con las prescripciones de las leyes 20 y 22, tit. 29, Part. 3.ª, sino con la ley 1.ª, tit. 8.º, lib. 11 de la Novísima Recopilación, y con los artículos 443, 625 al 627, 744 y 745 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1151 del Código del Uruguay, 1453 del de Austria, 3950 del de la República Argentina, 1168 del de México, 1062 del de la Baja California, 1168 del de Campeche y 2418 del de Veracruz-Llave; y está conforme con la doctrina sentada en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 1.º Enero de 1861 y 8 Enero de 1869.

Art. 1932. Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley.

Queda siempre á salvo á las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción.

Nuestro Código ha querido apartarse de todo privilegio sentando la regla general que ostenta el apartado primero del artículo que comentamos, según el cual por la prescripción se extinguen los derechos y acciones en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas, en la forma que las leyes determinan; lo cual parece estar algún tanto conforme con lo que se proponía en el art. 1936 del Proyecto de 1851, y en parte con los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1991 de dicho Proyecto: y aunque la ley, por altas consideraciones de interés público, no exceptúa de la prescripción á las personas impedidas de administrar, viene en su auxilio con el párrafo segundo del artículo que nos ocupa á dejar á salvo á dichas personas que por razones especiales no pueden administrar sus bienes, facultándoles para reclamar contra sus representantes legítimos cuya negligencia hubiera sido causa de la prescripción.

Precedentes encontramos en las leyes 4.ª, 7.ª 8.ª y 9.ª, tit. 8.º lib. 11 de la Novísima Recopilación; y en relación está con los arts. 35, 159, 199, 200, 202, 264 en su número 4.º y 1104 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2227 del Código de Francia, 2114 del de Italia, 2257 del de Bélgica, 633 del de Guatemala, 516 del de Portugal, 2497 del de Chile, 3462 del de la Luisiana, 1983, 1991 y 2023 del de Holanda, 1636 y 1660 del de Vaud, 1169 del de México, 1063 del de la Baja California, 1169 del de Campeche y 2419 del de Veracruz-Llave; cuyos principios son conformes á los sustentados por el Tribunal Supremo de Justicia en varias sentencias, entre otras la de 3 de Diciembre de 1888.

Digitized by Google

Art. 1933. La prescripción ganada por un copropietario ó comunero aprovecha á los demás.

Según lo que anteriormente expusimos respecto á la mancomunidad, no podía menos de dictarse este precepto, por cuanto las ganancias y pérdidas son comunes cualquiera de los comuneros que sea el productor de unas ú otras; pues es un efecto necesario é indiscutible de la comunión y mancomunidad, así como cualquier acto que interrumpa la prescripción de cualquiera de los comuneros aprovecha ó perjudica á todos; y por lo mismo el copropietario ó comunero poseedor de la cosa común no puede prescribirla contra los otros, pues su posesión no es legalmente propia y exclusiva, sino que aprovecha á todos los demás.

Precedentes encontramos en la ley 5.ª, tít. 40, lib. 8.º del Código romano.

El Proyecto de 1851, en su art. 1939, propuso un precepto casi idéntico al nuestro, que en relación está con los arts. 392, 450 y 548 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 637 del Código de Guatemala, 2163 del del Uruguay, 511 y 512 del de Portugal, 1178 del de México, 1072 del de la Baja California, 1178 del de Campeche y otros: habiéndose establecido ya la misma doctrina en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 3 Diciembre de 1888.

Art. 1934. La prescripción produce sus efectos jurídicos á favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.

Anteriormente se dió á entender algo en idéntico sentido al tratar del artículo 1932 por hallarse confundido este precepto en el Proyecto de 1851, precisamente en el art. 1991, entre otros dos preceptos que correspondían al artículo 1932 de este nuestro Código.

La herencia yacente en lo que tiene de derecho representa la persona del finado, y en las cosas que requieren algún hecho y conciernen á la adquisición real de las mismas representan más bien á la persona del heredero: por ello pues la prescripción debe producir sus efectos jurídicos en favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para inventariarla y para hacer uso del beneficio de deliberar; por más que en algunos Códigos, como en el de Vaud (art. 1663), se siente el principio contrario de que ninguna prescripción corre contra los herederos, ni contra los acreedores hereditarios, mientras no se haya nombrado curador de la herencia y durante el tiempo concedido á los herederos para aceptarla ó repudiarla.

Digitized by Google

En relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 440, 442 y 1014 al 1019 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2119 del Código de Italia; apartado 2.° del 2258, y 2259 del de Francia; 3487 del de la Luisiana; apartado 2.° del 2258, y 2259 del de Bélgica, 1660 del de Vaud, 2023 del de Holanda, 3978 del de la República Argentina y otros: habiéndose dictado diferentes sentencias que confirman la teoría establecida en este Código por el Tribunal Supremo de Justicia.

Art. 1935. Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.

Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido.

Este artículo contiene dos preceptos muy dignos de consideración, puesto que se determina en el primero la facultad que tiene toda persona capaz de enajenar para renunciar la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir en lo sucesivo; y se define de un modo especial la tácita renuncia de la prescripción ya ganada en el segundo apartado de dicho artículo. Y aunque algunos sostienen, como Febrero, que el deudor puede renunciar anticipadamente á la prescripción de la vía ejecutiva que suponen es frecuente en las escrituras censales, ni esto puede confundirse con el precepto que nos ocupa, ni teniendo en cuenta que la prescripción es en parte de derecho público, puede admitirse tal teoría, porque el interés general que implica tal carácter público y en cuyo favor se introdujo la prescripción, por más que favorezca y perjudique según los casos á los particulares, no puede admitir la renuncia de un derecho futuro de tal clase, puesto que lo que de derecho público tiene no puede derogarse por convenios particulares. Por lo tanto no puede menos de ser nula toda renuncia á la prescripción futura; pero la prescripción ya ganada ó adquirida, como no encierra en sí más que un interés particular ó privado, puede renunciarse por aquel á quien beneficia, como renunciarse pueden todos los derechos adquiridos que no tienen carácter público.

Precedentes encontramos en la Novísima Recopilación; y el Proyecto de 1851, en su art. 1940, propuso preceptos análogos, que en relación están con los arts. 1263, 1457 y 1930 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2220 y 2221 del Código de Francia, 2107 y 2108 del de Italia, 2220 y 2221 del de Bélgica, 634 del de Guatemala, 1150 y 1151 del del Uruguay, 508 del de Portugal, 2494 y 2495 del de Chile, 2255 del de Bolivia, 3486 del de la Luisiana, 1502 del de Austria, 565 del de Prusia en la parte primera

Digitized by Google

de su tit. 9.°, 1984 y 1985 del de Holanda, 1630 y 1631 del de Vaud, 3965 del de la República Argentina, 1171 al 1174 del de México, 1065 al 1068 del de la Baja California, 1171 al 1174 del de Campeche y 2423 al 2425 del de Veracruz-Llave: en cuyos Códigos no sólo se sustenta la tésis de que puede renunciarse el derecho de liberar una obligación por prescripción negativa, sino que la renuncia puede ser expresa y tácita; que solo el que puede enajenar puede renunciar la prescripción pendiente ó la consumada; que en estos casos la renuncia se equiparará á una verdadera donación de los derechos adquiridos, y sujetarse debe á las prescripciones de tales contratos en cuanto no esté especialmente regulado entre los preceptos relativos á la prescripción; viéndose ya sustentada parecida doctrina en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 17 Noviembre y 12 Diciembre de 1865 y 30 Diciembre de 1867.

Art. 1936. Son susceptibles de presripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

General es ya el principio establecido en este precepto, y aunque se ha sostenido por muchos que no todo prescribe, y hoy mismo sigue sosteniéndose que hay cosas que son imprescriptibles por sí mismas, otras que no lo son sino por razón de su destino, y otras por razón de las personas que las poseen, es necesario tener presente que las primeras, ó sean las que pertenecen á todo el mundo, no son susceptibles de apropiación; las segundas, aunque sean susceptibles de entrar en la propiedad privada están retiradas del comercio como las calles, los paseos; y las últimas, ó sean las que se conceptúan imprescriptibles por razón de las personas que las poseen, personas privilegiadas, contra las cuales se supone no corre la prescripción, no se encuentran en el mismo caso, pues si bien las dos primeras ó sean las imprescriptibles por sí mismas, porque no son susceptibles de posesión privada como el mar, y las imprescriptibles por razón de su destino como los paseos, no podrán ser objeto de prescripción, por cuanto no pueden ser poseidas por ningún particular, no cabe duda que estas cosas están tácitamente excluídas de prescripción en el artículo que nos ocupa, por cuanto no se hallan en el comercio de los hombres, y precisamente dicho artículo declara que son susceptibles de prescripción las cosas que están en el comercio de los hombres; pero en cuanto á las cosas que poseen determinadas personas, por privilegiadas que éstas quieran ser, si las colocan dentro del tráfico comercial y son susceptibles de transmisiones, y están sujetas á los derechos y obligaciones de los bienes privados, no podrá menos de considerárselas como prescriptibles, por más que otra cosa se quiera sostener por Velez, Sarsfield, Troplong y Vazeille.

Precedentes encontramos en las leyes 9.ª y 45, tit. 3.°, lib. 41 del Digesto; 6.ª y 7.ª, tit. 29, Part. 3.ª, y 1.ª, tit. 8.°, lib. 11 de la Novísima Recopilación.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1937, propuso un precepto análogo al nuestro que en relación está con el art. 1271 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2226 del Código de Francia, 2113 del de Italia, 2226 del de Bélgica, 631 del de Guatemala, 1154 del del Uruguay, 506 del de Portugal, 2498 del de Chile, 1455 del de Austria, 3463 del de la Luisiana, 1635 del de Vaud, 1990 del de Holanda, 3952 del de la República Argentina, 1167 del de México, 1061 del de la Baja California, 1167 del de Campeche y otros, partiendo todos del supuesto de que las cosas están en el comercio de los hombres, cuando son susceptibles de una exclusiva apropiación.

Art. 1937. Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla á pesar de la renuncia expresa ó tácita del deudor ó propietario.

Pudiera dar lugar á alguna duda este artículo si detenidamente no se examinara, pero si se atiende bien á que por la prescripción puede liberarse una obligación ó adquirirse una propiedad, los acreedores del renunciante, según dijimos en anteriores artículos, pueden hacer valer todos los derechos y acciones de su deudor que no sean pura y exclusivamente personales de éste; pues de no poder dichos acreedores hacer valer la prescripción á pesar de aquella renuncia expresa ó tácita del deudor ó del propietario, se perjudicarian sus intereses y podrian ser víctimas de un deudor de mala fe que tal renuncia hiciese, tan solo por defraudar á sus acreedores; y esto que dejamos sentado respecto de los acreedores del renunciante, puede considerarse con igual razón un derecho de cualquier otra persona interesada en sostener la prescripción; pues aquí el interés es la medida de la acción y de la excepcion; así se ve que un usufructuario puede oponer la prescripción relativa á la finca que usufructúa si el propietario no la opusiere ó la renunciare expresamente, pues como tal usufructuario tiene interés en conservar el dominio útil, y no porque el propietario abandone ó renuncie á su dominio directo ha de verse obligado el usufructuario á renunciar sus derechos que por la prescripción legal pueda retener.

El Proyecto de 1851, en su art. 1942, propuso un precepto idéntico; y concordancias vemos en los arts. 2225 del Código de Francia, 2112 del de Italia, 2225 del de Bélgica, 1153 del del Uruguay, 2427 del de Veracruz-Llave, 2496 del de Chile, 509 del de Portugal, 2257 del de Bolivia, 3429 del de la Luisiana, 1989 del de Holanda, 1634 del de Vaud, 3963 del de la República Argentina, 1175 del de México, 1069 del de la Baja California y 1175 del de Campeche; sin que quepa duda que los fiadores y todas las demás personas que tienen interés en que la prescripción exista, pueden oponerla aunque el deudor la haya renunciado.

Digitized by Google

Art. 1938. Las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código ó en leyes especiales se establezca respecto á determinados casos de prescripción.

Este artículo tiende á armonizar, los preceptos de nuestro Código diseminados en distintos títulos, con el que nos ocupa, y con las leyes especiales que mantengan su fuerza y vigor.

El Proyecto de 1851, en su art. 1979, propuso un precepto análogo; y partiendo del supuesto de que la ley especial deroga á la general en cuanto á la misma se oponga, refiérese el artículo que nos ocupa á las leyes especiales que en lo sucesivo se dictaren, pues son las únicas que pueden modificar y adicionar las prescripciones de este Código.

En relación se encuentra el precepto que comentamos con los arts. 44, 113, 118, 133, 137, 180, 287, 369, 537, 546, 547, 615, 646, 652, 689, 772, 1076, 1299, 1301, 1472, 1483, 1490, 1508, 1530 y 1591 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 645 del Código de Guatemala, 2264 del de Francia, 1186 del de México, 2264 del de Bélgica, 1078 del de la Baja California y 1186 del de Campeche.

Art. 1939. La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.

Nuestro Código viene á armonizar con este precepto las antiguas disposiciones con las establecidas por el derecho moderno; lo cual es natural y lógico, mucho más cuando respetando las leyes á cuya sombra nació una prescripción que concilia los intereses creados por el nuevo derecho; y viene á pagar un tributo de respeto y consideración al principio, de no retroactividad; aunque bien pudiera decirse en rigor, que la prescripción comenzada no es un verdadero derecho adquirido, sino una esperanza cuyo cumplimiento pende de muchas eventualidades que no son fáciles de prever. Así es que las prescripciones comenzadas para las que sería necesario según las antiguas leyes más de treinta años, á contar desde la publicación del Código, se completarían con este lapso de treinta años desde dicha publicación: de manera que si necesitando cuarenta años para una prescripción al publicarse este Código, llevase un año el que derecho pudiera tener á prescribir, transcurridos treinta años quedaría terminada la prescripción.

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1980, propuso un precepto análogo, y co
cordancias vemos en los arts. 564 al 566 del Código de Portugal, 2090 del
Holanda, 1683 del de Vaud, 2281 del de Francia, 4051 del de la República A
gentina, 2281 del de Bélgica.

CAPITULO II.

De la prescripción del dominio y demás derechos reales.

Art. 1940. Para la prescripción ordinaria del dominio y
demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y
justo título por el tiempo determinado en la ley.

Preceptúase en este artículo lo que desde antiguo venia previniéndose co
relación á las condiciones necesarias para la prescripción ordinaria del domi
nio y demás derechos reales; pues tanto la Instituta en su tit. 6.°, lib. 2.°, com
el Código romano y las leyes de Partida, venian determinando que eran indis
pensables la posesión, la buena fe, el justo título y el lapso de tiempo, par
que la prescripción tuviera lugar. Pero hay que tener en cuenta que si el *justo título* y la *buena fe* son dos condiciones distintas, no son, sin embargo, do
condiciones indispensables. Por esto, el que quiera prescribir debe probar su
justo título, deduciéndose de éste la buena fe; sin que pueda deducirse reci
procamente de la buena fe, que hubiere justo título, sino se demuestra.

Para la percepción de frutos, la buena fe es la única condición exigida a
poseedor para hacer suyos los frutos; sin que el justo título sea en tal caso re
querido sino como elemento de la buena fe.

La prescripción de que aquí se trata no es rigorosamente de adquisi
puesto que la cosa está ya adquirida con justo título y buena fe; y por ello es
este caso la prescripción no hace mas que consolidar la adquisición efectuada
poniendo al que la adquirió al abrigo de toda acción de reivindicación; pero
para esto la posesión debe ser legal, sin los vicios de la violencia, el engaño, de
clandestinidad ó la necesidad que se traduce en el precario.

Precedentes encontramos en las leyes del tit. 6.° del lib. 2.° de la Institut
en las leyes 7.ª, tit. 35, lib. 7.° del Código romano; 3.ª, tit. 2.°, lib. 10 del Fuero
Juzgo; 1.ª, tit. 11, lib. 2.° del Fuero Real, y la 2.ª, tit. 8.°, lib. 11 de la Novísima
Recopilación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1953, proponia lo mismo que el 3000 del
Código de la República Argentina, que la propiedad de los bienes inmuebles

Digitized by Google

otros derechos reales, se adquiriese por la posesión de *diez* años entre presentes y *veinte* entre ausentes, con buena fe y justo título; y el apartado primero del artículo 1962 de dicho Proyecto, propuso que la propiedad de los bienes muebles se prescribiera por la posesión no interrumpida de tres años con justo título y buena fe.

El precepto que nos ocupa en relación está con los arts. 430 al 437, 447 y 448 de este mismo Código que tratan de la posesión.

Concuerda con los arts. 646 del Código de Guatemala, si bien allí se preceptúa que la posesión para prescribir ha de ser: 1.° fundada en justo título; 2.° de buena fe; 3.° pacífica; 4.° continua, y 5.° pública; todo lo cual se sobreentiende siempre, aunque no se diga; 1157 del del Uruguay, que es muy parecido al anterior; 517 del de Portugal, idéntico al primero; 2265 y 2279 del de Francia; 3999 del de la República Argentina; 2265 y 2279 del deBélgica, iguales á los citados del Proyecto de 1851; 1186 del de México, 1079 del de la Baja California; 1187 del de Campeche; 2431 al 2439 del de Veracruz-Llave, y otros: habiéndose sentado idéntica doctrina por el Tribunal Supremo de Justicia en sentencias de 16 de Octubre de 1858, 8 de Marzo de 1886, 18 Mayo de 1888, 15 Junio de 1888, 2 Noviembre de 1888, 1.° Diciembre 1888, dos de 17 Enero de 1889, 4 Febrero de 1889, 15 Abirl de 1889, 22 Mayo de 1889 y otros.

Art. 1941. La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

Esto es precisamente lo que prescriben los Códigos del Uruguay, Guatemala, Portugal, Veracruz, México, Baja California y Campeche; y esto es lo que en otros términos preceptúan todos los Códigos modernos, porque la razón y la lógica lo imponen, pues no se concibe que la prescripción pudiera nacer de una posesión que no se goce en concepto de derecho ó que no sea pública, pacífica, no interrumpida, honrada y buena; porque de admitir lo contrario, se protegería el fraude y la mala fe, que lejos del amparo de las leyes deben estar.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª y 31.ª, párrafo 1.°, tit. 3.°, lib. 41 del Digesto; 6.ª al principio, tit. 2.°, lib. 41 del Digesto; 18.ª, tit. 19, Part. 3.ª; las del tit. 6.°, lib. 2.° de la Instituta, y la 12.ª, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1947, propuso un precepto casi idéntico al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 430 al 448 y 463 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2229 del Código de Francia, 646 del de Guatemala, 1157 del del Uruguay, 2229 del de Bélgica, 2262 del de Bolivia, 579 del de Prusia, parte 1.ª, tit. 12; 1460 del de Austria, 1992 del de Holanda, 1688 del de Vaud, 1187 del de México, 1079 del de la Baja California, 1187 del de Campeche, 2106

Digitized by Google

del de Italia y otros; abundando todos en la idea de que solo el que posee en concepto de dueño ó propietario puede prescribir, porque es indispensable para la prescripción poseer á virtud de título hábil para trasferir la propiedad; pues la posesión interina ó la consentida graciosamente no puede dar origen á la prescripción.

Art. 1942. No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia ó por mera tolerancia del dueño.

Consecuencia de lo que acabamos de exponer al comentar el artículo anterior es lo que éste preceptúa, pues, efectivamente, los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia ó por mera tolerancia del dueño, no pueden aprovechar para la prescripción ni constituyen una verdadera posesión legítima con las condiciones necesarias para prescribir. ¡Pues no faltaría más sinó que el que humildemente pide á uno el favor de que le deje pasar por su heredad para llegar mas cómodamente á un punto determinado, pudiera invocar prescripción para adquirir la servidumbre de paso! Esto, sobre no ser justo ni equitativo, equivaldría á dejar sin efecto las condiciones que el art. 1941 exige para prescribir. Estos actos de tolerancia ó de favor ni dan ni quitan derecho, pues que ni el que los tolera ó consiente piensa en desprenderse de su derecho, ni el que los utiliza mediante tal autorización, gracia ó tolerancia, puede tener ánimo ó intención legítima de propietario.

Precedentes encontramos hasta cierto punto en la ley 41, tit. 2.°, lib. 41 del Digesto; y el Proyecto de 1851, en su art. 1950, propuso un precepto análogo que en relación está con los arts. 444, 447 y 463 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2232 del Código de Francia, 2115 del de Italia, 2232 del de Bélgica, 635 del de Guatemala, 1158 del del Uruguay, 2499 del de Chile, 2264 del de Bolivia, 3456 del de la Luisiana, 1993 del de Holanda, 1641 del de Vaud, 1176 del de México, 1070 del de la Baja California, 1176 del de Campeche y otros.

Art. 1943. La posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural ó civilmente.

Otra prescripción de buen sentido encierra este artículo: puede interrumpirse la posesión, natural ó civilmente, lo cual se deduce de la misma posesión; pues así como ésta puede ser natural ó civil, puede de ambos modos interrumpirse. Cesa uno por cualquier causa en la posesión de una cosa, materialmente por apartamiento de la misma durante un año y un día, y se in-

Digitized by Google

terrumpe con esto la posesión para los efectos de la prescripción: se cita ante Juez competente al poseedor de una cosa para dejar libre al legítimo dueño la posesión, y ésta queda interrumpida; pero la primera es interrupción natural; la segunda, interrupción civil. Y una y otra interrupción de la posesión, interrumpen la prescripción.

Precedentes encontramos en las leyes 29, tit. 2.°, Part. 3.ª; 5.ª de Toro, ó sea la 6.ª, tit. 11, lib. 10 de la Novísima Recopilación; así como en la ley 5.ª, título 3.°, lib. 41 del Digesto, que es donde se distingue la interrupción natural de la civil.

El Proyecto de 1851, en su art. 1982, propuso un precepto análogo, que en relación está con el art. 430 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2242 del Código de Francia, 2123 del de Italia, 2242 del de Bélgica, 677 del de Guatemala, 1193 del del Uruguay, 2501 del de Chile, 2270 del de Bolivia, 552 del de Portugal, 3482 del de la Luisiana, 1650 del de Vaud, 1232 del de México, 1117 del de la Baja California, 1232 del de Campeche, 2466 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1944. Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año.

Ya hemos dicho antes: la interrupción natural consiste en la cesación de poseer una cosa por cualquier causa en el lapso de más de un año de tiempo.

El Código de Francia en su art. 2243, como el de Holanda en su art. 2015, y el de Bélgica en su art. 2243, determinan que «tendrá lugar la interrupción natural cuando se prive al poseedor por más de un año del disfrute de la cosa, bien sea por el antiguo poseedor ó por un tercero;» pero nuestro Código no admite esta redacción, teniendo en cuenta indudablemente, que lo mismo puede perderse la posesión contra la voluntad del poseedor, que por desestimiento voluntario expreso ó tácito de persistir en ella; razón por la cual creemos más técnico y correcto el precepto que comentamos, pues bajo su redacción se comprenden todas las causas de interrupción natural.

En cuanto al tiempo de *un año y un dia*, como proponía el Proyecto de 1851 en su art. 1983, ó de más de un año como previene nuestro Código, no es más que una consecuencia de lo establecido para adquirir la posesión; pues siendo lógico, si más de un año se necesita para prescribir la posesión, (aparte de otros requisitos), igual tiempo debe ser necesario para perderla.

Ante el derecho romano, como ante el derecho moderno, la interrupción natural, aun recobrada la posesión, produce tales efectos que una vez interrumpida la posesión, no puede enlazarse la antigua con la nueva para los efectos de la prescripción.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, párrafo 6.°, tit. 4.°, lib. 41 del Di-

Digitized by Google

gesto; 12.ª, tit. 30; y 29, tit. 29, Part. 3.ª; 3.ª y 6.ª, tit. 8.º, lib. 11 de la Novísima Recopilación.

El precepto que nos ocupa, está en relación con los arts. 430, 438, 444, 446, 459 al 466 de éste mismo Código.

Concuerda con los arts. 677 del Código de Guatemala en su núm. 1.º; 1194 y 1195 del del Uruguay, 552 del de Portugal, 2502 del de Chile, 2124 del de Italia, 2270 del de Bolivia, 3489 del de la Luisiana, 1651 del de Vaud, 1292 del de México en su núm. 1.º; 3984 del de la República Argentina, 1117 del de la Baja California en su núm. 1.º; 1232 del de Campeche en su núm. 1.º; los demás antes citados al comienzo de este comentario y 2467 del de Veracruz-Llave.

Art. 1945. La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente.

De todos es conocido el modo de interrumpirse civilmente la posesión, y aunque la práctica y el buen sentido daban á entender bien claramente los casos en que tal interrupción se efectuaba, las leyes positivas han venido consignándolo también, y nuestro Código civil lo preceptúa de la manera más clara y terminante.

La interrupción civil tiene lugar por los actos que la ley determina, y por los que la misma ley finge que la posesión queda interrumpida: de manera que dentro de la interrupción civil cabe lo mismo la que procede de hechos reales y positivos emanados de una decisión judicial, que la pura ficción legal; sin que por esto deba entenderse que la interrupción civil es absoluta como la natural, sino que por el contrario, es condicional y para el solo caso de vencer el demandante que instó la desposesión; tanto es así, que la interrupción no se tendrá por acaecida si tal demandante fuere vencido en juicio. Por esto la simple citación judicial hecha al poseedor interrumpe interinamente la posesión, y por consiguiente la prescripción, y aun que parezca esta una medida dura, realmente no perjudica derechos legítimamente adquiridos por cuanto depende su validez de la razón legal ó de la sinrazón de cada uno de los litigantes. Es más, aun cuando un alguacil embargue una cosa para venderla, ó se trabe ejecución sobre la misma por efecto de una deuda, hasta que dicha cosa sea vendida no pierde el deudor su posesión civil; de tal modo que si dicho deudor paga antes de la venta y recobra la cosa embargada, continuará en su prescripción desde el momento en que se posesionase de aquélla, y sin que se considere interrumpida ni la posesión ni la prescripción: y algunos suponen que si llega á venderse la cosa embargada, el comprador podrá ayudarse para prescribir del tiempo que la poseyó el deudor, puesto que en nombre de éste la vende el

Digitized by Google

Juez, y con todos los derechos del deudor es transferido el objeto de la venta al comprador.

El secuestro tampoco hace perder la posesión á no ser que haya recaido sobre ésta misma, pues entonces se supone que el secuestrador posee á nombre del vendedor, y éste aprovecha la posesión intermedia.

En cuanto al Juez incompetente, previene nuestro Código como los de Francia, Bélgica y Holanda, que su mandato puede servir para interrumpir civilmente la prescripción; pero tal precepto contraria la ley romana, y no lo encontramos lógico ni atinente, por cuanto el litigio entablado ante un Juez que no tuviese competencia para sustanciarlo, ó habia de desecharse por éste, ó de continuar su tramitación podria llegar á anularse, y en tal caso, otro pleito seria necesario para venir á interrumpir la posesión; por esto, aun cuando haya un emplazamiento judicial hecho en forma y válido por lo tanto, ese emplazamiento ha de quedar sin efecto el dia que opuesta por el demandado la excepción dilatoria, se resuelva en su favor dicho artículo prévio utilizado en conformidad á lo que previenen los arts. 532 y 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil; lo cual solo conduce á producir gastos que ningún resultado positivo y práctico han de poder dar por ligera que sea la oposición hecha por el demandado si á tiempo y con arreglo á la ley se opone la excepción dilatoria de incompetencia; y aun que algunos son partidarios de amparar el error del demandante al dirigirse á un juez incompetente, error que puede ser de hecho y de derecho, y que según éste fuese, perjudicaria ó no al que lo comete, creemos que para evitar que á un poseedor de buena fe se le interrumpa en la posesión caprichosamente ante cualquier Juez con competencia ó sin ella, seria mejor que la interrupción civil se fundase en citación hecha por virtud de mandato de Juez competente, no siendo necesaria para el poseedor de mala fe la citación personal.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª y 7.ª, al principio, tit. 39.°, y 3.ª, título 40.°, lib. 7.° del Código romano, y en la 29, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1984, propuso un precepto análogo, que en relación está con los arts. 260 al 272, 274, y 525 al 528 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Concuerda con los arts. 2244 y 2246 del Código de Francia, 2125 del de Italia, 2244 y 2246 del de Bélgica, 677 del de Guatemala, 1196 del del Uruguay, 552 del de Portugal, 2503 del de Chile, 2271 del de Bolivia, 1497 del de Austria, 3484 del de la Luisiana, 1652 y 1656 del de Vaud, 2016 y 2017 del de Holanda, 3986 del de la República Argentina, 1232 del de México, en sus números 2 al 4; 1117 del de la Baja California, en sus números 2 al 4; 1232 del de Campeche, en sus números 2 al 4, y 2468 del de Veracruz Llave.

Art. 1946. Se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:

Digitized by Google

1.° Si fuere nula por falta de solemnidades legales.

2.° Si el actor desistiere de la demanda ó dejare caducar la instancia.

3.° Si el poseedor fuere absuelto de la demanda.

Artículo es este cuya aplicación ha de producir los mejores resultados, por que efectivamente, toda citación nula por falta de solemnidades legales, todo desistimiento de la demanda, toda caducidad de la instancia, y la absolución de la demanda ó decisión del pleito de un modo favorable al poseedor, no han de poner el sello de la interrupción á una posesión legítima. Pero esta misma razón que viene á demostrar que la interpelación mal dirigida contra el poseedor de un inmueble no cambia el carácter de la posesión, ni interrumpe la prescripción, pues no puede suponerse sería sino falta de medios justificativos cualquiera pretensión malamente dirigida, apoya también nuestro aserto antes indicado respecto á la incompetencia judicial para ordenar la citación.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª y 9.ª, tit. 33, libro 7.° del Código romano.

El Proyecto de 1851, en su art. 1985, propuso un precepto casi idéntico, que en relación está con los arts. 260 al 272, en cuanto á las notificaciones, 411 al 420 en cuanto á la caducidad de la instancia, y 525 al 528 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto á la presentación de la demanda y emplazamiento.

Concuerda con los arts. 2247 del Código de Francia, 2228 del de Italia, 2247 del de Bélgica, 677 del de Guatemala, 1198 del del Uruguay, 552, en su núm. 2.°, del de Portugal, 2503 del de Chile, en sus números 1.°, 2.° y 3.°; 2272 del de Bolivia, 3485 del de la Luisiana, 2018 del de Holanda, 1653 del de Vaud, núm. 2.° del 1232 del de México, núm. 2.° del 1117 del de la Baja California, núm. 2.° del 1[illegible] del de Campeche y 2469 del de Veracruz-Llave.

Art. 1947. También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión ó dominio de la cosa cuestionada.

Es natural y lógico el precepto de este artículo, por cuanto quedando sin efecto los actos de conciliación sobre cuyos hechos no se presente la oportuna demanda en ese período de tiempo, claro está que transcurridos los dos meses sin que la demanda sobre posesión ó dominio de la cosa cuestionada se interponga, no puede producir interrupción civil el acto de conciliación preparatorio de una demanda que no se interpuso en tiempo legal; y el artículo que [illegible] nuestro Código nos ocupa parece tomado del 479 de la Ley de Enjuiciamiento

Digitized by Google

civil en su esencia, pues con distintas palabras viene á significar que no producirá el efecto de interrumpir la prescripción, si no se promoviere el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1966, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, si bien allí el término fijado para la presentación de la demanda era de un mes; y en relación está con el art. 7.° de este Código en cuanto á la designación de meses que se conceptuarán de treinta días, y con los arts. 460 al 464 de la ley de Enjuiciamiento civil, relativos á los actos de conciliación.

Concuerda con los arts. 2245 del Código de Francia, parte 2.ª del 2125 del de Italia, que coincide hasta en el término de los dos meses con el nuestro; 2245 del de Bélgica, 1197 del del Uruguay, en el que se fija el término de 30 días para la presentación de la demanda al igual que el 2470 del de Veracruz-Llave; y núm. 3.° del 552 del de Portugal, 1654 del de Vaud, núm. 3.° del art. 1232 del de México, núm. 3.° del 1117 del de la Baja California y núm. 3.° del art. 1232 del de Campeche, los cuales también señalan el plazo de un mes.

Art. 1948. Cualquier reconocimiento expreso ó tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño interrumpe asimismo la posesión.

Es también indudable que el reconocimiento tácito ó expreso del derecho del dueño que el poseedor hiciere, debe interrumpir é interrumpe la posesión, porque desde el momento que existe este reconocimiento se demuestra que el poseedor material de la cosa no la poseyó ni pensó poseerla en concepto de dueño, pues de poseerla en tal concepto, aquella mala inteligencia se subsanaba con el reconocimiento del verdadero dueño y como las dos ideas son antagónicas y contradictorias, desde el momento en que existe un reconocimiento no puede predominar la contraria.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, párrafos 5.° y 6.°, tit. 39, lib. 7.° del Código romano; y 29, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1987, propuso un precepto análogo al que nos ocupa que en relación está con los arts. 432, 439 y 463 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2248 del Código de Francia, núm. 4.° del 552 del de Portugal, 2129 del de Italia, núm. 3.° del 677 del de Guatemala, núm. 2.° del 1195 del del Uruguay, 2273 del de Bolivia, 2471 del de Veracruz-Llave, 1497 del de Austria, 3186 del de la Luisiana, 2019 del de Holanda, 1655 del de Vaud, 3989 del de la República Argentina, núm. 4.° del 1232 del de México, núm. 4.° del art. 1117 del de la Baja California y núm. 4.° del 1232 del de Campeche.

Digitized by Google

Art. 1949. Contra un título inscrito en el Registro de la propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio ó derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar á correr el tiempo desde la inscripción del segundo.

También se comprende perfectamente este precepto, pues en la prescripción no solo ha de tenerse en cuenta el acto que lo interrumpe sino la calidad del título del poseedor y del título del que intenta la desposesión, y en justo homenaje tributado al sistema hipotecario, el Código de Prusia incluyó en su art. 511, un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los artículos 25, 27, 28 y 35 de la ley Hipotecaria peninsular que corresponden á los arts. 33, 35, 36 y 43 de la de Cuba y Puerto-Rico, y á los arts. 34, 36, 37 y 44 de la de Filipinas, y no deja de estar relacionado con el art. 403 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria peninsular, y con los arts. 605 al 608 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2505 del Código de Chile, 511, tit. 9.°, parte 1.ª del de Prusia ya citado y otros.

Art. 1950. La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio.

Efectivamente no puede conceptuarse de otro modo la buena fe que adquiriendo la cosa bajo la firme persuasión de que el que la transmitió era el dueño legítimo de la misma, por lo tanto, es necesaria esa buena fe en el momento de la adquisición.

De igual manera explican la buena fe las leyes del Digesto, las de la Instituta y las de Partida; pues las disposiciones de dichos cuerpos de derecho parten del supuesto de que la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa es su dueño y puede enajenarla.

Precedentes encontramos en las leyes 109, tit. 16, lib. 50 del Digesto, párrafo 35, tit. 1.°, lib. 2.° y texto del tit. 6.°, lib. 2.° de la Instituta; y en las leyes 9.ª, 14.ª y 18.ª del tit. 29, Part. 5.ª

El Proyecto de Código de 1851, en el primer apartado de su art. 1956, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los artículos 433 al 436 de este mismo Código.

Concuerda con el apartado 1.° del art. 4006 del Código de la República Argentina y 1168 del del Uruguay, y tiene analogía con los arts. 649 del Código de Guatemala, 520 del de Portugal, 1190 del de México, 1082 del de la Baja Cali-

Digitized by Google

fornia y 1190 del de Campeche; pues en estos cinco últimos únicamente se preceptúa que la buena fe solo es necesaria en el momento de la adquisición, mientras que el Código argentino como el de la República del Uruguay, previenen que la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa es dueño de la misma y puede enajenarla con arreglo á lo dispuesto en la ley; presumiéndose siempre la existencia de esta buena fe mientras no se pruebe lo contrario, y siendo bastante que haya existido el tiempo de la adquisición.

Art. 1951. Las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales.

No hay para que sostener ni discutir lo que no es posible sea de distinta manera que lo que es. Ya hemos citado varias veces como preceptos que están en estrecha relación con los que de este título nos ocupan algunos de los comprendidos en el tit. V del lib. 2.° que trata de la posesión, pues tal es la relación armónica que entre éste y la prescripción existe, que no se concibe la segunda sin la primera como no puede haber sombra sin cuerpo que la produzca. Por ello pues es de todo punto inconcuso que las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión en los arts. 433 al 436 de este Código, no pueden menos de ser también necesarias para la determinación de esa misma buena fe en la prescripción del dominio y demás derechos reales. Es más, nosotros creemos que la buena fe en la posesión basta para que se suponga y exista en la prescripción; pues habiéndola en la posesión, no puede menos de haberla en la prescripción toda vez que ésta es una consecuencia de aquélla y que en rigor no es más que la continuación del acto de poseer por determinado tiempo; y existiendo esa buena fe en el acto mismo de la posesión, mientras ésta no se interrumpa material ó civilmente, no puede perder la condición de la buena fe con que se posesionó, y mucho menos si se atendiera á lo que anteriormente hemos dicho que preceptúan los Códigos de Portugal, Guatemala, México, Campeche y Baja California, pues si según ellos la buena fe solo es necesaria en el momento de la adquisición, huelga la exigencia de tal requisito para la prescripción.

Se dirá sin embargo que puede suceder perfectamente que uno al adquirir la posesión de una cosa crea de buena fe que ésta pertenecía al que se la trasmitió; y que después en el transcurso de tiempo necesario para la prescripción adquiera el convencimiento de que quien se la transfirió no era verdadero dueño de la cosa poseída, y que sin embargo ocultando lo que perjudicarle pu-

Digitized by Google

diera respecto de tal particular continue poseyéndola hasta cumplir el tiempo necesario para la prescripción sin dar á entender las noticias por él adquiridas respecto de la verdadera procedencia de la cosa objeto de la posesión. A salvar este inconveniente parece se dirige este artículo, pero esto será siempre difícil de patentizar, porque, hechos que no se exteriorizan no pueden entrar en la esfera del derecho por más que en sí lleven el sello de la inmoralidad. Bajo este concepto conviene recordar la buena doctrina que entrañan los arts. 433 al 436 de este mismo Código, en virtud de la cual se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide, y como la buena fe se presume siempre, la prueba en contrario corresponde al que afirme la mala fe de un poseedor; sin que la buena fe pierda su carácter sino desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente y se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió mientras no se pruebe lo contrario; lo cual quiere decir que la prescripción de buena fe se presume también sin otra contra que la demostración de mala fe.

Precedentes encontramos en las leyes 33, tit. 3.°; 11, tit. 5.°, lib. 41; 2.°, párrafos 15 y 16, tit. 5.°; 12, tit. 3.°; 23 y 48, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 41 del Digesto; y 5.ª, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de Código de 1851, en el apartado 2.° de su art. 1956, propuso un precepto algo análogo al que nos ocupa, que concuerda en parte con el 2.° apartado del art. 4006 del Código de la República Argentina.

Art. 1952. Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trate.

Viene este precepto á determinar con exactitud lo que entenderse debe por justo título, ó sea uno de los requisitos esenciales de la prescripción; y todos sabemos no solo que el justo título es el que legalmente basta para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trata, sino que aquí tal palabra se emplea para designar no el acto de un contrato ó de una última voluntad ó cualquier otro acto que signifique transferencia, sino el instrumento que comprueba el hecho de una adquisición y la causa de la misma adquisición; por lo tanto todo acontecimiento que hubiere investido del derecho al poseedor por quien dueño sea de la cosa transferida, da lugar á un justo título; así es que por justo título debe entenderse el que reune las condiciones legales para trasmitir un derecho de propiedad.

Precedentes encontramos en las leyes del tit. 6.°, lib. 2.° de la Instituta, 9.ª, 14.ª y 18.ª tit. 29, Part. 3.ª

Digitized by Google

El Proyecto de 1851, en su art. 1958, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 447, 448 y 609 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 518 del Código de Portugal, 647 del de Guatemala, 1169 del del Uruguay, 3449 del de la Luisiana, 4010 del de la República Argentina, 1118 del de México, 1080 del de la Baja California y 1118 del de Campeche.

Art. 1953. El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido.

Es de pura sindéresis este precepto, puesto que la verdad debe prevalecer siempre sobre la falsa creencia; y válido debe ser también el título por cuanto de no serlo no podría producir los efectos apetecidos, pues lo que es nulo en sí, ni obligar puede á persona alguna ni de origen de derecho ha de servir á nadie.

Precedentes encontramos en el párrafo 6.°, tit. 6.°, lib. 2.° de la Instit.; leyes 27, tit. 3.°, lib. 41 del Dig.; 2.ª, párrafo 15, tit. 4.°; 1.ª y 2.ª, tit. 6.°, lib. 41 del Dig., y 14.ª, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en el primer apartado de su art. 1959, propuso un precepto análogo, que en relación está con el artículo 609 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2267 del Código de Francia, 2001 del de Holanda, 2267 del de Bélgica, 1169 del del Uruguay, en su apartado 2.°; 4011 del de la República Argentina y otros.

Art. 1954. El justo título debe probarse; no se presume nunca.

Este precepto viene á demostrar que en la prescripción el justo título debe probarse siempre y no se presume nunca, en contra de lo que sucede con la buena fé que se presume mientras no se demuestre lo contrario; y esto consiste en que la buena fé vive dentro la esfera de las intenciones, es más moral que jurídica y como tal debe presumirse siempre existente en la humanidad como presumimos que todos los hombres son buenos mientras no se demuestre lo contrario; mientras que el justo título, como es una cosa puramente de hecho, debe probarse, porque los hechos nunca se presumen ni deben presumirse, y su existencia debe demostrarse por aquel á quien conviene su justificación; pues conocido es de todos el principio de que á quien alega y afirma la existencia de un hecho, incumbe la prueba del mismo, y en materia de prescripcio-

Digitized by Google

nes no puede menos de observarse la doctrina de que quien posee sin título no posee legalmente y debe suponerse que la cosa poseída es ajena.

Precedentes vemos en la ley 11, tit. 4.°, lib. 8.° del Código romano.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1960, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 448, 1214 1215, 1250, 1251 y 1253 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 648 del Código de Guatemala, 1170 del del Uruguay, 519 del de Portugal, 1189 del de México, 1081 del de la Baja California y 1189 del de Campeche.

Art. 1955. El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.

También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición.

En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida ó de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto á las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria ó mercado, ó de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo dispuesto en el artículo 464 de este Código.

Tres preceptos contiene este artículo, pues en cada uno de sus apartados se sienta una regla que ha de regir casos distintos. En el primero se determina que el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe; y en esto no se ha hecho más que sostener los principios sustentados en las leyes del tit. 6.°, lib. 2.° de la Instituta, y en las leyes 8.ª, párrafo 1.°, tit. 39, lib. 7.° del Código romano; 4.ª, 9.ª y 27.ª, tit. 29, Part. 3.ª; 1.ª, tit. 11, lib. 2.° del Fuero Real, y 2.ª, tit. 8.°, lib. 1.° de la Novísima Recopilación; en cuyas disposiciones se encuentran también los precedentes de lo que determina el apartado tercero del artículo que comentamos, respecto del derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida ó de la de que hubiese sido privado ilegalmente, así como de las cosas adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria ó mercado, respecto de las cuales nuestro Código de Comercio, en su art. 85, se ocupa detenidamente dando una idea exacta de la prescripción que causa á favor del comprador respecto de las mercancías adquiridas, las compras que de ellas se efectuase en almacenes ó tiendas abiertas: siendo también digna de citarse por la relación que tiene con el tercer apartado del artículo que nos ocupa, la disposición del art. 464 de este mismo Código, en el que después de expresar que la posesión de los bienes

Digitized by Google

muebles, adquirida de buena fe equivale al título, previene también que el que hubiere perdido una cosa mueble ó hubiere sido privado ilegalmente de ella podía reivindicarla de quien la posea acreditándolo en forma; y si el poseedor de dicha cosa mueble perdida ó sustraida la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el valor de la cosa, como sucede relativamente á las adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, acerca de las cuales se ocupa el Código de Comercio, no solo en su art. 85 antes indicado, sino en los arts. 86, 545, 559 y 560 del mencionado Código de Comercio; si bien en el núm. 3.° del art. 545 de dicho Código se previene que no están sujetos á reivindicación los efectos que hubieren sido negociados en Bolsa con intervención de agente colegiado.

En cuanto al segundo apartado del art. 1955 que de nuestro Código comentamos, debemos dejar sentado que es contrario á las antiguas leyes y á las opiniones de la mayor parte de los jurisconsultos, pues antes se tenia por un verdadero aforismo legal que las cosas adquiridas por hurtos, robos, violencia ó despojo, no podian ser prescritas por los autores de estos hechos punibles; y sólo los terceros llegaban á poseerlas legalmente ó á adquirirlas por prescripción extraordinaria cuando ninguna relación tenian con los responsables de tales delitos. Algunos entienden que el segundo apartado de este artículo quiere decir lo contrario. Nosotros no lo entendemos así, porque si así lo entendiéramos, demostraríamos su inmoralidad y pediríamos se borrase de nuestro Código ese precepto y cuantos tiendan á favorecer a los ladrones, estafadores y demás gente que delinque; pero no vemos en dicho precepto mas que la exigencia de ese doble término de seis años para la prescripción del dominio de cosas muebles cuando la prescripción hubiese sido interrumpida y cuando no hubiera persistido la buena fe; ni mucho menos podemos creer tal absurdo leyendo el art. 1956 que sigue. Sin embargo, nos inclinamos al precepto del primer apartado, como único en su género, y á que se prescriba el dominio de las cosas muebles siempre y únicamente cuando se posean de buena fe por un lapso de tiempo no interrumpido de tres años que en el mismo se preceptúa.

Precedentes encontramos en las leyes del tit. 6.°, párrafo 2.° del lib. 2.° de la Instituta, y demás disposiciones antes citadas.

El Proyecto de 1851, en su art. 1962, propuso preceptos, algunos de los cuales tienen bastante analogía con los apartados 1.° y 3.° del que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 335, 336, 430, 433 al 437 y 484 del mismo, y con el art. 85 del Código de Comercio.

Concuerda con los arts. 2279 y 2280 del Código de Francia, 2014 del de Italia, 2280 del de Bélgica, 654 al 656 del de Guatemala, 1173 al 1175 del del Uruguay, 532 al 534 del de Portugal, 2508 del de Chile; 584, tit. 9.°, parte 1.ª del de Prusia; 1446 del de Austria, 3420 del de la Luisiana, 1196 del de México, 1098 del

Digitized by Google

de la Baja California, 1196 del de Campeche y otros: siendo el francés y el belga los únicos Códigos extranjeros que sostienen la mala causa de los ladrones y estafadores de vales casi á la misma altura de los hombres honrados: mientras que los de México, Baja California y Campeche, apoyan de la manera mas admirable la honradez, no admitiendo la prescripción de las cosas muebles en tres años, sino cuando la posesión es continua, pacífica y acompañada de justo título, ó en diez años independientemente de la buena fe y del justo título.

Hay Códigos que, como el de Guatemala, fijan el término de dos años para la prescripción del mueble de buena fe, con justo título, continuada y pacífica, y otros que fijan diversos plazos.

El mas notable que encontramos sobre este particular es el del Uruguay, digno del mayor estudio, que, en sus arts. 1173 al 1175 en los que después de preceptuar que la propiedad de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años, con justo título y buena fe, presente ó ausente de verdadero dueño, etc., etc., exije seis años no interrumpidos, cuando no se presenta título, sin que pueda oponérsele su mala fe al poseedor; y después de tratar esto ampliamente, dice al final de aquella sección: «Para no comprender al que hurtó la cosa ni á sus cómplices ó encubridores, los cuales no pueden jamás prescribir y están además sujetos á lo dispuesto en el Código penal, se estará á lo dispuesto en el art. 1160, en donde se previene que los que tienen la cosa en lugar de otro no pueden prescribir.

Art. 1956. Las cosas muebles hurtadas ó robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron ó robaron, ni por los cómplices ó encubridores, á no haber prescrito el delito ó falta, ó su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito ó falta.

La lectura de este artículo corrobora la opinión que emitimos al comentar el anterior; y por cierto que al leer uno y otro artículo, recordamos más de una vez cierta obrita admirablemente escrita por un personaje político que bajo un seudónimo consigna su nombre, y que bien próximo pariente es del personaje á quien dedicamos este humilde trabajo. En esa obrita, pequeña por el tamaño material, inmensa y colosal por los pensamientos morales y filosóficos que encierra, al tratar de la lógica y sentido de nuestro Código penal, presenta verdaderos cuadros vivos de lo que es la prescripción del delito y de lo que es la prescripción de la acción penal, y retrata tan al natural la situación angustiosa del criminal que no habiendo sabido evadir la acción de la justicia, cumplía en uno de los presidios la pena que para la espiación del delito en la

Digitized by Google

impuso, que dá gana de perdonar al criminal arrepentido; mientras produce asco su conreo que,conociendo las flaquezas de la ley penal, y, desarrollando el más repugnante cinismo, se burla de la sociedad y de la justicia, alejando el temor del que sufre por el peligro quepudiera correr al presentarse donde él cumple la pena impuesta por el delito de que son coreos.

El que haya leido aquella admirable obrita, en la cual su autor hace brillar su talento y su chispeante estilo, recordará que mientras un infeliz (aunque antes delincuente), cumple una pena por delitos de asesinato y robo, su instigador, su compañero de acciones criminosas, que supo engañar á la sociedad, eludir la ley, y atraer la fortuna, sin más merecimientos que los de la audacia y la falsia, goza del caudal robado á sus victimas, de los enormes productos de aquel capital emanado del crimen; y ocultando sus malas acciones bajo el brillante manto de la hipocresia, llega á estar rodeado de consideraciones sociales y de un oropel fastuoso, pues nunca será oro de buena ley el de tal manera adquirido. Alli se estudian los efectos de la prescripción del delito y de la pena; alli se ve la sociedad castigada por su ceguedad; la verdad vengada de las falaces apariencias sociales y el escarnio más sangriento de la lenidad de la ley.

Las cosas muebles, hurtadas ó robadas, según el art. 1956 que de nuestro Código nos ocupa, no podrán ser prescritas por los que las hurtaron ó robaron, ni por los cómplices ó encubridores. Hasta aquí estamos conformes; pero no lo estamos en la excepción que salva la mala procedencia, por la prescripción del delito ó de la falta, ó de la pena, ó de la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito ó de la falta. Nosotros no podemos estar conformes con que lo malo en si se santifique por el lapso de tiempo; no podemos conformarnos con que el criminal que sabe serlo en manera tal que comete delitos y sabe burlar la justicia, obtenga el galardón de su astucia doblemente criminal, por la impunidad que la prescripción le proporciona.

Y no estamos conformes porque la moral se tuerce con tales teorias, que algunos llaman humanitarias, y nosotros conceptuamos antihumanitarias, antihonradas, y solo favorables á los delincuentes. Con esas teorias, el hombre audaz, pierde el sentido moral, la idea de lo bueno y de lo malo se consideran iguales; y los que son poco aprensivos, los que no son moral y filosóficamente justos y honrados, hacen su composición de lugar, diciendo para si: «si yo trabajo á conciencia, si soy lo que debe ser cualquier persona bien nacida y de rectos sentimientos, podré tener un mediano vivir, cuando más una vida regular y morigerada, sin llegar á más que á la satisfacción del bien, de mi propia conciencia hasta hoy pura, y la de los verdaderamente honrados; pero si prescindo de esta pureza de sentimientos, que la sociedad en general tacha de pueril y hasta de tonta; si dejo el trabajo honrado, y, apartándome de la verdad real y filosófica, me voy en pos de vanas apariencias, aparentes negocios,

Digitized by Google

influencia y poder, y vendo mi conciencia, podré obtener montones de oro, y luego al ver mi ostentación, la sociedad me respetará, y dominaré en ella á la gran masa que no discurre ni piensa más que por lo qué se le pone ante su faz.» El hombre en quien la virtud no está muy arraigada, compara estos términos, medita sobre estas dos ideas, duda, acaricia la que más en conformidad está con sus instintivas inclinaciones, adopta, en fin, la que más le agrada; y como la firmeza del deber desaparece generalmente ante los atractivos de supuestos derechos, ante la ambición, y el deseo de salirse de su esfera; la comodidad y la vagancia, elige la más halagüeña, que siempre suele ser la más perniciosa; y en este camino, si la idea de lucro, ó la de atesorar, ó la de la disipación le sugiere el hurto, ó la estafa, ó el robo, toma perfectamente sus medidas, y como tiene engañada á la sociedad, hurta, estafa y roba impunemente, mientras no comprende que va á ser descubierto; huyendo á otros paises so pretexto de fabulosos negocios, cuando observa que se le va al alcance, para volver tranquilo al teatro de sus operaciones cuando la prescripción haya borrado sus malos actos. Pues bien: estas reflexiones se las hacen constantemente los grandes criminales; ven su apoyo en las leyes, y con tal apoyo se burlan de la misma ley, de la sociedad que les eleva á veces hasta á su representación, y de los hombres honrados.

Nosotros siempre lucharemos contra tan corruptores principios, porque lo malo siempre lo es, y cuando más, podriamos admitir la reparación como medio de salvarlo; y por ello, los delitos y las penas, así como las acciones civiles nacidas de la mala fe, nunca debian prescribir, pues tal prescripción es inmoral y constituye el desamparo social de los buenos para proteger á los malos.

El Proyecto de 1851, en su art. 1963, propuso preceptos algún tanto parecidos á los del que al presente comentamos, que en relación está con los artículos 335, 336, 433, 441, 464, y 1960 de este mismo Código, 547 al 566 del de comercio, y 133 al 135, 515 y 590 del Código penal.

Concuerda con los arts. 655 del Código de Guatemala, 1175 del del Uruguay, 533 del de Portugal; núm. 3.° del 2510 del de Chile; 2146 del de Italia; 3475 del de la Luisiana, 1198 del de México, 1090 del de la Baja California, 1192 del de Campeche y otros, en los que, más que concordancia se ve alguna analogía.

Entiéndase que en este comentario nos referimos á los hechos que en sí mismo constituyen delito, no á los que dependan de las circunstancias, y que hoy pueden dejar de ser punibles mientras ayer se conceptuaron criminosos.

Art. 1957. El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesion durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.

Digitized by Google

Este precepto relativo á la prescripción de bienes inmuebles es ya antiguo y tomado parece de la Instituta (tit. 6.°, lib. 2.°), del Código romano (ley 7.ª, tit. 35, lib. 7.°) y de la ley 18, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1953, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 334, 430 y 433 al 437 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2265 del Código de Francia, 2137 del de Italia, 2265 del de Bélgica, 1165 del del Uruguay, 526 del de Portugal, 2512 del de Chile, 2287 y 2288 del de Bolivia, 1467 del de Austria, 2000 del de Holanda, 1666 y 1667 del de Vaud; 620, tit. 9.°, parte 1.ª del de Prusia; 3435 al 3437 y 3442 del de la Luisiana, 3999 del de la República Argentina, 1194 y 1195 del de México, 1066 y 1067 del de la Baja California, 1194 y 1195 del de Campeche y otros: no siendo idénticos los plazos que todos los Códigos extranjeros señalan, pues mientras el de la Baja California, el del Uruguay, el de la República Argentina, el de Francia, el de Bélgica y algunos otros están conformes con el nuestro hasta en los plazos, y consideran unos como presentes á los que habitan en la misma provincia (República Argentina,; y en otros á los que viven en el territorio de la Audiencia en que radica el inmueble (Bélgica, Francia, etc., etc.); hay Códigos como el de Holanda, que fijan para la prescripción de la propiedad de los inmuebles 20 años tratándose de buena fe y justo título; y 30 años para el que poseyó de buena fe, sin necesidad de presentar el título; el de Vaud que marca 30 años para la prescripción de las acciones reales, y 10 años para la de las personales: el de Austria que fija tres años para la prescripcion de un inmueble inscrito en el Registro, y treinta para los no inscritos y servidumbres no inscritas; los de México y Campeche señalan 20 y 30 años, según hubiera buena ó mala fe; el de Guatemala en su art. 653 prefija cinco años entre presentes, y 10 entre ausentes; por el de Chile en su art. 2515 se exigen 10 años para que la acción ejecutiva se convierta en ordinaria, siendo generalmente indispensables 10 para las primeras y 20 años para la prescripción de las acciones ordinarias; y así se ven entre varios Códigos grandes diferencias en cuanto á los plazos de prescripción.

Nuestra legislación general siempre fijó los 20 entre ausentes y 10 años entre presentes, como término de la prescripción, excepto en la época en que rigió el Fuero Juzgo, que en su ley 3.ª, tit. 2.°, lib. 10, fijó el plazo de 30 años tanto para los casos de buena como de mala fe. Y en la parte foral, de la que nos ocuparemos en tiempo oportuno; Aragón fijó en sus Fueros el lapso de 30 años como término de prescripción, lo mismo entre ausentes que entre presentes; Cataluña marcó al principio los mismos 30 años para prescribir inmuebles y acciones reales y personales, si bien después parece que, fundados en el derecho romano, se prescribe á los 10 años entre presentes y 20 entre ausentes *(Usatge Omnes causæ*, tit. 2.°, lib. 7.°, cap. 44 del *Recognoverunt próceres)*, y Navarra fijó la prescripción en 20 años entre presentes y 30 en ausentes.

Digitized by Google

Art. 1958. Para los efectos de la prescripcion se considera ausente al que reside en el extranjero ó en Ultramar.

Si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente.

La ausencia que no fuere de un año entero y contínuo, no se tomará en cuenta para el computo.

Ocúpase también nuestro Código, como no podia menos de ocuparse, y como se ocupan todos los extranjeros de á quien debe de considerarse presente, y á quien ausente para los efectos de la prescripción; y asi como hemos dicho al comentar el artículo anterior que el francés y el belga exigian al presente su vivienda dentro del territorio de la Audiencia donde radica el inmueble, cuya propiedad ó dominio trata de prescribirse; y que el Código de la República Argentina conceptúa presente al propietario que habita en la provincia donde el inmueble está situado; nuestro Código dando mayores alcances á la *presencia*, solo considera *ausente* al que resida en el extranjero ó en Ultramar.

El 2.° apartado de este artículo lo encontramos razonable en extremo, pues en el caso de fraccionamiento del tiempo seria poco equitativo que se perdiera la parte de tiempo que se hubiera permanecido en *presencia* ó *ausencia* para los efectos de la prescripción, ó que se confundieran uno y otro estado; siendo una medida muy aceptable, y ha de proporcionar grandes resultados la que se establece en dicho precepto, pues computando un año de presencia por cada dos de ausencia cuando ésta no llegase á los 20 años, se logra de una manera equitativa la más lógica compensación á los graves males que la ausencia incompleta pudiera acarrear, por que no seria justo que al propietario que hubiese estado ausente diez y nueve años y once meses, fuese á perjudicársele con una prescripción igual á la de los presentes: por esto creemos acertadísimo el segundo apartado á que nos referimos, mucho más cuando el último le complementa, no dando la consideración de ausente con abono de la mitad de su ausencia real á aquel que cuando menos no estuviera un año entero y contínuo en Ultramar ó en el extranjero.

Precedentes encontramos por analogía, en las leyes 12, tit. 33, lib. 7.° del Código romano; cap. 8.° de la Novela 119; y leyes 19 y 20 del tit. 29, Part. 3.ª.

El Proyecto de 1851, en su art. 1954, propuso preceptos algun tanto parecidos en parte al que de nuestro Código nos ocupa; y concordancias vemos en los arts. 2265 y 2266 del de Francia, 2000 del de Holanda, 1166 del del Uruguay, 2265 y 2266 del de Bélgica, apartado 3.° del 2508 del de Chile, 1467 del de Austria, 1007 del de Vaud; 620 del de Prusia, en la parte 1.ª del su tit. 9.°; 3442 del de la Luisiana, 4002 del de la República Argentina y otros.

Digitized by Google

Art. 1959. Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el art. 539.

Pugna este artículo con lo que al comentar el 1956 expusimos, pero las tendencias de la época, que bajo una mal comprendida igualdad, nos dirigen á la mayor de las desigualdades, al absurdo de los absurdos, colocando en la misma esfera al malo que al bueno, al que se sale de la ley que al que la cumple extrictamente; apartándose de la moral que la traducen en mísero positivismo, prescindiendo del foro interno de la conciencia y de la realidad de las cosas, que no es más que una; por que una sola es la verdad real y la verdad filosófica; y bajo el pretesto de que la ley civil debe poner un término al estado precario de la propiedad, hasta de la propiedad procedente del robo ó de la estafa, legitima, sanciona y hasta santifica lo que la razón moral y la justicia jamás puede sancionar, haciendo buenos los principios más absurdos.

Se comprende bien, que se creasen excepciones en ciertas épocas á favor de las cosas fiscales y patrimoniales del Príncipe, como los que sostuvieron la Novela 119 en su cap. 7.°, y el cap. 6.° de la Novela 131, porque al fin y al cabo aquellos *príncipes* á quienes se consideraba tales por derecho divino, aquel *fisco* eran la representación del Estado, y que éste gozase de un privilegio, sobre todo en aquellos tiempos, no es tan absurdo como lo es el que en la época en que la razón y la justicia debia imperar en todo, se venga de un extremo admisible á un extremo intolerable y corruptor; de un privilegio al Estado ó á la Iglesia, á un privilegio exclusivo para el hombre de mala fe y criminal.

Preferimos que los inmuebles de las Iglesias ó de las Ciudades, no se prescriban hasta los 40 años, como determinaban las leyes 4.ª, tit. 39, lib. 7.°; 14.ª, tit. 61, lib. 11 del Código romano; y la ley 24, tit. 2.°, lib. 1.°, con su auténtica que preceptuaba además que para prescribir las cosas de la Iglesia de Roma eran necesarios los cien años de posesión; preferimos todos estos erróneos privilegios al privilegio de que un criminal se apodere de lo nuestro, y á los treinta años le veamos nosotros ó lo vean nuestros hijos enseñoreado en la impunidad, disfrutando de los efectos de un delito, y fustigando desde su encumbramiento tan mal nacido el rostro de hombre honrado, cuyos semblantes se enrogecen de verguenza al ver legitimada tanta maldad y sancionado tanto cinismo. La mala fe no debe prescribir jamas; las malas acciones no pueden borrarse del rostro del infame que las cometió, ni aun con la reparación material, porque las malas acciones dejan sus huellas desastrosas, no solo en el bienestar aparente de la familia, sino en las conciencias rectas; y las heridas

Digitized by Google

que en el alma causan la ingratitud, la deslealtad y la traición, destrozan nuestro espíritu y aniquilan el corazón.

El Proyecto de 1851, en su art. 1961, propuso un precepto análogo al que de nuestro Código nos ocupa, que en relación está con los arts. 334, 490, 433 al 437 y 537 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2262 del Código de Francia, 1172 del del Uruguay, 2262 del de Bélgica, 528 y 529 del de Portugal; 2510 del de Chile en sus núms. 1.° y 2.°; 3465 y 3466 del de la Luisiana; 1666 del de Vaud, 2004 del de Holanda, 4016 del de la República Argentina y otros.

Nuestro Código excepciona las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes; y si razón lógica ha tenido para fundar esta excepción, no comprendemos como la comisión encargada de la redacción del Código dejó de encontrarla para excepcionar de la prescripción el dominio de cosas procedentes de los delitos que por su naturaleza jamás dejaron de serlo.

Art. 1960. En la computación del tiempo necesario para la prescripción se observarán las reglas siguientes:

1.ª El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.

2.ª Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

3.ª El día en que comienza á contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad.

Admitida la prescripción en la forma que el derecho moderno la admite, y siendo ya prescriptibles todas las acciones, lo mismo reales que personales, por treinta años, sin que esté obligado el que la alegue á hacer referencia á un título, ni pueda oponerse la excepción que se deduce de la mala fe, dicho se está que no podían ménos de darse las reglas que en este artículo se dan para la computación del tiempo necesario para prescribir, y evidente es que bajo este supuesto aparece lógica la primera regla, puesto que el poseedor actual representa á su causante, y por lo tanto, adquiriendo sus derechos y asumiendo sus responsabilidades, no puede menos de servirle el tiempo de posesión de dicho su causante para computarlo unido el derecho del poseedor á los efectos de la prescripción.

En cuanto á la segunda regla, también es de buen sentido, pues si el que posee en la actualidad demuestra haber poseído en una época anterior, no puede menos de tener en su favor la presunción de haber poseído en el tiempo in-

Digitized by Google

termedio, mientras no se demuestre lo contrario, *probatis extremis præsumuntur probata media*: y esta regla general de la que se deduce la continuación de la posesión en el tiempo intermedio, es mucho más lógica y razonable que la presunción de un cambio ó abandono; puesto que comenzando como comienza, la prescripción por un acto posesorio continuado en el tiempo necesario para prescribir, acreditada la posesión, ha de deducirse necesariamente que no se interrumpió mientras en contra no se haga prueba.

En cuanto al tercer extremo, es oportuno y conveniente, porque en él se fija como ha de contarse el tiempo, evitándose así para lo sucesivo cuestiones sobre el particular, pues en adelante todos tendrán en cuenta que el primer dia se tiene por entero, y que el último debe cumplirse en su totalidad, es decir, que termina á las doce de la noche.

Precedentes encontramos en las leyes 13, párrafos 4.° y último. tit. 2.°, libro 41; 5.ª y 14, párrafo 4.°, tit. 3.°, lib. 44 del Digesto; 11, tit. 32, lib. 7.° del Código romano; párrafo 7.°, tit. 6.°, lib. 2.° de la Instituta; ley 16, tit. 29, Part. 3.ª; leyes 15 al principio, tit. 3.°; y 6.ª, tit. 7.°, lib. 44 del Digesto.

El Proyecto de 1851, en su art. 1951 y primer apartado del 1945, propuso preceptos análogos á los que entrañan los apartados segundo y tercero del precepto que comentamos, que en relación está con los arts. 435, 436, 440, 442, 459, 466 y 1130 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2234, 2235, 2260 y 2261 del Código de Francia, 2133 y 2134 del de Italia, 2235, 2234, 2260 y 2261 del de Bélgica, 644 y 688 del de Guatemala, 1167 del del Uruguay, 562 del de Portugal, 2284 del de Bolivia, 1643 y 1664 del de Vaud, 1644 y 596 del de Prusia, en la primera parte de su tit. 9.°, 1995, 1994 y 1999 del de Holanda, 3459 y 3458 del de la Luisiana, 4003 del de la República Argentina y 2509 del de Chile.

CAPITULO III.

De la prescripción de las acciones.

Art. 1961. Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley.

Es natural lo que este artículo preceptúa, pues para la prescripción de acciones no ha de necesitarse demostrar el justo título ni la buena fe, por cuanto dichas acciones se fundan precisamente en ellos. Solo el silencio ó la inacción del acreedor deja al deudor libre de toda obligación y á la finca lim-

Digitized by Google

pia de todo gravamen á que estuviere sujeta, porque si no se ejercitó la acción que uno tiene contra determinada persona dentro del término legal correspondiente, debe suponerse que el acreedor renuncia su ejercicio ó al derecho que contra otro tuviere.

Bajo el nombre genérico de excepción, porque la produce, fué considerada ante el derecho romano esta especie de prescripcion, en la práctica ha sido reputada por anómala, ó sea mixta de dilatoria y perentoria.

Precedentes encontramos en las leyes 3.ª, y 4.ª, tit. 39, lib. 7.º del Código romano, y en la 5.ª, tit. 8.º, lib. 11 de la Novisima Recopilación.

El Proyecto de 1851, en su art. 1964, propuso un precepto análogo, que en relación está con algunos articulos de este mismo Código, y alguna analogia encontramos en los arts. 2514 del de Chile, 657 del de Guatemala, 1240 al 1244 del de México, 1125 y 1129 del de la Baja California, 1240 al 1244 del de Campeche, 3949 y 4017 del de la República Argentina y 2430 del de Veracruz-Llave.

De la prescripción de acciones se ha ocupado repetidas veces el Tribunal Supremo de Justicia, habiendo dictado diferentes sentencias todas dignas de estudiarse, pero entre ellas las más notables son las de 7 Abril de 1867, y 20 Marzo de 1885, en las que se determina que no corre la prescripción de acciones contra los menores, á no ser que reclamen la restitución del tiempo correspondiente á la menor edad, ni es aplicable al caso de la prescripción el principio de que no puede invalidarse jamás por el transcurso del tiempo lo que es nulo en su origen; hay otra de 21 Diciembre de 1885, en la que se fija que la prescripción trienal establecida para los letrados, no es aplicable á los sueldos fijos devengados por los mismos cuando están al servicio de una casa ó empresa particular aunque sea en el ejercicio de su profesión, pues considera que el nombramiento de un letrado con sueldo fijo para los servicios que puedan necesitarse de su profesión, constituye un contrato de arrendamiento de industria, como lo define la ley 1.ª del tit. 8.º, Part. 5.ª, cuyas acciones tienen la duración ordinaria de veinte años que á todas las personales atribuye la ley 5.ª, tit. 8.º, libro 11 de la Novisima: y son también muy notables las de 15 Febrero y 23 Junio de 1886, en las que se establece que no es necesario para que las acciones prescriban la concurrencia de todos los requisitos exigidos para la prescripción del dominio.

Art. 1962. Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben á los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1955, y excepto los casos de extravío y venta públicas, y los de hurto ó robo, en que se estará á lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado.

Digitized by Google

El precepto que acaba de consignarse está en perfecta conformidad con el apartado segundo del artículo 1955, refiriéndose la última parte del que al presente nos ocupa, á lo que determina el tercer apartado del referido art. 1955, el cual puede verse con el comentario correspondiente; teniendo también bastante relación con los arts. 335, 336, 460, 461 y 464 de este mismo Código, sin que deje de tenerla con los arts. 515 y 530 del Código penal.

Art. 1963. Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben á los treinta años.

Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio ó derechos reales por prescripción.

El precepto que acaba de consignarse parece haberse tomado de los Códigos de Francia, Bélgica y Holanda; pues tanto en el art. 2262 del primero, como en el 2004 del de Holanda y en el 2262 del de Bélgica, se preceptúa que todas las acciones, lo mismo reales que personales, se prescribirán por treinta años, sin que esté obligado el que alegue esta prescripción á presentar un título, ni pueda oponérsele la excepción que se deduce de la mala fe.

Precedentes encontramos en la ley 34, tit. 39, lib. 7.° del Código romano; ley 63 de Toro; ley 21, tit. 29, Part. 3.ª; leyes 3.ª y 4.ª, tit. 2.°, lib. 10 del Fuero Juzgo; ley 4.ª, tit. 11, lib. 2.° del Fuero Real, y ley 5.ª, tit. 8.° lib. 11 de la Novísima Recopilación.

El precepto que nos ocupa está en relación con los arts. 334, 1623 y 1959 de este mismo Código; y el art. 1966 del Proyecto de 1851, propuso un precepto análogo al del primer apartado del que comentamos.

Concuerda con los artículos antes citados de los Códigos de Bélgica, Holanda y Francia, 658 del de Guatemala, 1176 del del Uruguay, 535 del de Portugal, 2135 del de Italia, 2285 del de Bolivia, 3465 del de la Luisiana, 1666 del de Vaud, 1200 del de México, 1091 del de la Baja California y 1200 del de Campeche; si bien estos tres la llaman prescripción negativa y exigen tan sólo para que tenga lugar, el lapso de veinte años, contados desde que la obligación pudo exigirse conforme á derecho.

Parecía preverse por el Tribunal Supremo la doctrina sentada en el artículo 1963 que aquí comentamos, puesto que en diferentes sentencias se estableció como inconcuso que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescribían á los treinta años. Bien es verdad que ya hemos dicho que este precepto no es nuevo, y por ello, aplicando la ley de Partida y la de la Novísima Recopilación (5.ª, tit. 8.°, lib. 11), han podido darse perfectamente las sentencias de 7 de Julio de 1888 y 23 de Abril de 1889, que sobre este particular son dignas de

Digitized by Google

estudio, y que en las *Gacetas* de 19 y 22 de Octubre de 1888 (pág. 167) y de 7 de Julio de 1889 (pág. 26), encontrarán nuestros lectores, así como en la *Colección Legislativa*.

Art. 1964. La acción hipotecaria prescribe á los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción á los quince.

Se habia de conceder algo en favor de la acción hipotecaria, compensando así la garantía que la hipoteca ofrece; y así como las demás acciones reales sobre inmuebles prescriben á los treinta años, el legislador ha creido oportuno que la acción hipotecaria prescribiese á los veinte, relacionando así armónicamente este precepto con el del art. 134 de la ley hipotecaria peninsular, que corresponde al 148 de la de Cuba y al 142 de las de Puerto Rico y Filipinas, contándose esos veinte años desde que pueda ejercitarse dicha acción con arreglo al título inscrito.

Según el cap. 4.° del *Recognoverunt próceres*, ley 1.ª, tít. 3.°, lib. 1.°, vol. 2.°, en Cataluña la acción hipotecaria no prescribia hasta los cuarenta años.

En la última parte del art. 658 del Código de Guatemala, se exigen quince años para prescribir la acción para cobrar una deuda que esté asegurada con hipoteca, ó sean cinco más que los que se prefija para la prescripción negativa de deuda en que no haya tal hipoteca. El apartado segundo del art. 1876 del Código del Uruguay, se refiere á lo dispuesto en el título correspondiente del lib. 4.° de dicho Código, ó sea al art. 2901, en el que se preceptúa que la prescripción para extinguir la hipoteca ha de ser de treinta años; y encuéntrase alguna analogía con el art. 2516 del de Chile.

Art. 1965. No prescribe entre coherederos, condueños ó propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común ó el deslinde de las propiedades contiguas.

Excepciona este artículo de la prescripción, las acciones que en el mismo se enumeran, fundándose indudablemente en la copartición que los coherederos, condueños ó propietarios de fincas colindantes tienen entre sí, y la correlación de sus propios derechos; pues si prescribiese la acción del condominio para pedir la división de la cosa que en común con otros se tuviere, ó la acción del colindante para reclamar el deslinde y amojonamiento de las propiedades contiguas, no podría determinarse en favor de quien se operaba la prescripción, toda vez que de sus respectivos derechos, nacen acciones igualmente

Digitized by Google

ventajosas para uno ú otro condueño, para uno ú otro colindante, para uno ú otro coheredero, respecto de los cuales nada intencionalmente se ha dicho por conceptuarlos como condóminos de la herencia, y por consiguiente serles perfectamente aplicable, lo expuesto con relación al condominio.

Y aunque parezca confuso y no se presente á primera vista la verdadera razón de ser de este artículo, meditando el asunto se comprende perfectamente, porque lo mismo en los coherederos que en los condueños, que en los propietarios de fincas colindantes, el ejercicio y el sostenimiento de las acciones respectivas para pedir la partición de herencia, para solicitar la división de la cosa común, ó para reclamar el deslinde y amojonamiento, es por igual de interés común á los que tales acciones tienen, y si el ejercicio de esa acción de deslinde beneficia á cualquiera de los colindantes que la pide, no deja de beneficiar, menos á los que no la piden, puesto que con la intervención de todos se hace y para fijar la extensión y verdaderos límites de cada uno de ellos se lleva á efecto; de manera, que el beneficio que se reporta del deslinde es proporcionalmente idéntico á todos, si de buena fe se obra; y el perjuicio que de no verificarlo puede irrogarse, sobre todos ellos proporcionalmente recae, puesto que la intromisión que uno pudiera realizar en la heredad del otro, puede á su vez llevarse á cabo por los demás colindantes.

Precedentes se encuentran en las leyes 14, párrafo 2.°, tit. 3.°, lib. 10 del Digesto; 5.ª, tit. 37, lib. 3.° del Código romano, y 7.ª, tit. 29, Part. 3.ª

El precepto que nos ocupa se relaciona perfectamente con los arts. 384, 400, 401, y 1051 al 1054 de este mismo Código.

Art. 1966. Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1.ª La de pagar pensiones alimenticias.

2.ª La de satisfacer el precio de los arriendos, sean estos de fincas rústicas ó de fincas urbanas.

3.ª La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años ó en plazos mas breves.

Siéntase aquí uno de los grupos de prescripción de acciones determinadas, fijándose el plazo de cinco años para que prescriban la de pagar pensiones alimenticias, la de satisfacer el precio de los arriendos, y la de reclamar cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años ó en plazos más breves; porque como la ley al propio tiempo que castiga la incuria y el abandono de los acreedores que no ejercitan sus acciones con la debida diligencia, presta su protección, su apoyo á los deudores, impidiendo sean molestados so pretexto

Digitized by Google

de obligaciones ya satisfechas, cuando por la antigüedad de las mismas no sea fácil probar que se cumplieron, no podia menos de preveer los casos en que se exija el cumplimiento de obligaciones que se satisfacen anualmente, ó más breves plazos, en los que, por su constancia casi perenne, ni se guardan resguardos, ni es fácil se dejen pasar los términos cortos y precisos en que han de abonarse, sin su justa reclamación, pues especialmente las pensiones alimenticias, nadie ha de presumir que dejen de pedirse si dejan de satisfacerse oportunamente, aunque solo fuese por la necesidad de las mismas.

Precedentes, ó mejor dicho, analogías, encontramos en las leyes del tit. 11 lib. 10 de la Novísima Recopilación, y en relación está el precepto que nos ocupa con los arts. 151, núm. 1.° del art. 1555, 1614, 1620 y 1623 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 4027 del de la República Argentina, igual al nuestro; 2277 del de Francia, 2183 del de Nápoles, 2277 del de Bélgica, 2012 del de Holanda, 2144 del de Italia, 660 y 670 del de Guatemala, 1183 del del Uruguay, 543 del de Portugal, 2524 del de Chile, 1212 del de México, 1103 del de la Baja California, 1212 del de Campeche, 2457 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1967. Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1.ª La de pagar á los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos ú oficios en los asuntos á que las obligaciones se refieran.

2.ª La de satisfacer á los farmacéuticos las medicinas que suministraron; á los Profesores y Maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, ó por el ejercicio de su profesión, arte ú oficio.

3.ª La de pagar á los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros ó desembolsos que hubiesen hecho, concernientes á los mismos.

4.ª La de abonar á los posaderos la comida y habitación, y á los mercaderes el precio de los géneros vendidos á otros que no lo sean, ó que siéndolo se dediquen á distinto tráfico.

El tiempo para la prescripción de las acciones á que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios.

Enuméranse aquí las acciones que prescriben á los tres años de una manera tan clara y patente que no cabe duda alguna, ni necesitan comentario. Se

Digitized by Google

ve que la prescripción se opera antes cuanto las obligaciones son más perentorias y su satisfacción de más urgente necesidad; por ello, como todos los que dependen de su profesión y trabajo, es lógico presumir reclamen inmediatamente lo que se les adeuda, porque la apremiante necesidad á ello les obliga, se observa esa relación indicada de la necesidad de la reclamación con la brevedad de los términos para prescribir.

Precedentes encontramos en la ley 9.ª, tit. 11, lib. 10 de la Novisima Recopilación, en cuanto á la primera de las acciones en este artículo consignada; en la ley 11 del mismo título y libro en cuanto á los farmacéuticos; idéntica ley y la 10 de dicho título y libro, puede servir de antecedente á la regla tercera del art. 1967 que nos ocupa, y en general la Novisima en el tit. 11 del lib. 10 es donde trataba de estas prescripciones; siendo de notar que por el Tribunal Supremo de justicia se sentó la doctrina de que el plazo de tres años que la ley 10, tit. 11, lib. 10 señaló para la prescripción de acciones de los criados para reclamar los pagos de los salarios devengados, es el único atendible, no es aplicable al caso en que el criado, sin ser despedido, ni dejar la casa del amo, continuase sirviendo hasta su muerte; pero en todos los demás casos debe estarse al cumplimiento de dicha ley y prescribir, por lo tanto, á los tres años dichas acciones; así se ve en las sentencias de 16 Junio de 1862, 14 Diciembre de 1880, 14 Diciembre de 1881 y otras.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1972, proponia dos años como plazo para la prescripción respecto de los casos comprendidos en las reglas 1.ª y 2.ª del art. 1967 que de nuestro Código comentamos, y el de un año se fijaba para las acciones comprendidas en las demás reglas de este mismo artículo, en el artículo 1973 de dicho Proyecto.

Concuerda con los arts. 2272 y 2273 del Código de Francia, si bien el primero señala el plazo de un año para prescribir las acciones de los médicos, cirujanos, farmacéuticos, maestros, alguaciles, etc., etc., y el segundo marca los plazos de dos y cinco años respectivamente para la prescripción de los honorarios y gastos de los abogados, según que haya terminado ó no el negocio en que se devengaron; 2138 al 2141 del de Italia, donde se preceptúa que las acciones de los hosteleros y patrones de huéspedes prescriben á los tres meses, al año la de maestros, profesores, comerciantes, curiales, criados, operarios, jornaleros, etcétera, etc., por tres años las de los maestros, profesores de ciencias, letras y artes para reclamar honorarios de más de un mes, médicos, cirujanos, abogados, procuradores, desde la terminación del negocio, pues éstos cuando no han terminado el asunto tienen cinco años de tiempo para accionar; ingenieros, arquitectos, agrimensores, notarios, etc., etc.; los arts. 2272 y 2273 del de Bélgica, son iguales á los de Francia; el Código de Guatemala, en su art. 661, señala dos años para la prescripción de los honorarios de los abogados, arquitectos, arbitradores, notarios, procuradores y agentes judiciales, directores de las casas de

Digitized by Google

educación y profesores particulares, médicos, cirujanos, flebotobianos y matronas; los sueldos, salarios, jornales ú otras retribuciones por prestación de cualquier servicio personal; la acción de cualquier comerciante para cobrar el precio de los objetos vendidos á personas que no fuesen revendedores; la de los artesanos para cobrar el precio de su trabajo; la de los dueños de casas de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de éstos y los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que suministran.

Todos los Códigos, con más ó menos lapsitud de tiempo, señalan plazos para la prescripción, que un trabajo como este no es fácil consignar; pues para ello habria de necesitarse muchas páginas, y por ello sólo citaremos como análogos los arts. 1184 al 1186 del Código del Uruguay, 538 al 541 del de Portugal, 2521 y 2522 del de Chile, muy dignos de estudio; los arts. 2294 del de Bolivia, 3499 y 2503 del de la Luisiana, 1663 y 1672 al 1674 del de Vaud, 2005 al 2007 del de Holanda, 4032, 4035 y 4036 del de la República Argentina, 1204 al 1210 del de México, 1095 al 1102 del de la Baja California, 1204 al 1210 del de Campeche, 2458 y 2459 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1968. Prescriben por el transcurso de un año:

1.° La acción para recobrar ó retener la posesión.

2.° La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria ó calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.

Previene este art. 1968, que la acción para recobrar ó retener la posesión prescribe por el transcurso de un año; y por igual tiempo la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria ó calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia de que se trata en el art. 1902; y es algún tanto extraño que la acción para recobrar la posesión, por su índole puramente civil haya venido á tratarse aquí entre las acciones que proceden de los delitos de injuria ó calumnia y las que se derivan de culpa ó negligencia. Solamente por haberse fijado para su prescripción igual término han podido consignarse juntas acciones de tan distinta índole.

En el primer número se comprenden los interdictos; y como éstos no duraban más que un año ante el Derecho romano, de aquí su perfecta conformidad, como conforme está dicho precepto del núm. 1.° de este art. 1968 con la ley 3.ª, tit. 8.°, lib. 11 de la Novísima Recopilación, en la que se dispone que el poseedor de una cosa por año y día, con título y buena fe, no está obligado á responder en la posesión; cuya conformidad se ve también en los arts. 3419 y 1501 del Código de la Luisiana.

Digitized by Google

En cuanto al 2.° número de este mismo artículo, no cabe duda que respecto de la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria ó calumnia, (admitida en todo la prescriptibilidad, y siendo dicho delitos privados de los que solo se persiguen á instancia de partes), es inconcuso que habia de señalarse un término para que el agraviado desde que supo la ofensa, accionase contra el ofensor. Pero si en relación habia de estar la prescripción penal con la civil, bueno hubiera sido, se hubiese tenido presente lo que en el apartado 4.° del art. 133 del Código penal se preceptúa respecto de la calumnia y la injuria, pues según él, la primera prescribe al año, y la segunda á los seis meses; siendo más lógico que las responsabilidades civiles de ellas procedentes hubiesen prescrito al mismo tiempo que las penales, ó en doble término, pero proporcionalmente siempre en uno y otro Código, pues si razón hubo para que ante el derecho penal no fuesen iguales los términos de la prescripción para la calumnia que para la injuria, la misma debia existir para que los plazos de prescripción de las responsabilidades civiles que de ella se deducen, fuesen diversos. Si bien el art. 135 del mismo Código penal, previene que la responsabilidad civil nacida de delitos ó faltas, se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujección á las reglas del derecho civil.

Concuerda con la ley 3.ª, tit. 8.°, lib. 11 de la Novísima Recopilación; leyes 17, párrafo 6.°, tit. 10, lib. 47 del Digesto; 5.ª, tit. 35, lib. 9.° del Código romano; y 22, tit. 9.°, Part. 7.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1976, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con los arts. 460 en su núm. 4.°, y 1944 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 2146 del Código de Italia, 1490 del de Austria, 1677 del de Vaud, 3419, 1501 y 1502 del de la Luisiana, 4037 y 4038 del de la República Argentina, 668 del de Guatemala; núm. 8.° del 1204 del de México; núm. 8.° del 1005 del de la Baja California; núm. 8.° del 1205 del de Campeche, 2461 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1969. El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

Es evidente que el tiempo para la prescripción ha de empezar á contarse desde el dia en que pudo ejercitarse la acción que se trate de prescribir, porque hasta entonces no era ocasión de demostrar su actividad ó abandono en el que á su ejercicio tenia derecho. Asi el tiempo de la prescripción en las obligaciones condicionales ó á plazo, no principia á correr sino desde el cumplimiento de la condición ó vencimiento del plazo. En las obligaciones de saneamiento, no corre sino desde que tiene lugar la evicción.

Digitized by Google

Precedentes encontramos en la ley 7.ª, tit. 39, lib. 7.º del Código romano, en los arts. 34 y 134 de la ley Hipotecaria peninsular, que corresponde, el primero, con la modificación de la ley de 17 Julio de 1877, á los arts. 42 de la de Cuba y de la de Puerto Rico, y 43 de la de Filipinas; el 2.º al art. 148 de la de Cuba y 142 de las de Puerto Rico y Filipinas; entrañando el artículo que nos ocupa la misma doctrina sostenida por muchos autores acerca de la interpretación de la ley 5.ª, tit. 8.º, lib. 11 de la Novísima Recopilación; y teniendo gran relación con el art. 1130 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1179 del Código del Uruguay, apartado 2.º del 2514 del de Chile, 2454 del de Veracruz-Llave, 1205 al 1211 del de Mexico, 1096 al 1102 del de la Baja California, 1206 al 1211 del de Campeche y otros.

Art. 1970. El tiempo para la prescripción de las acciones, que tienen por objeto reclamar el cumplimiento de obligaciones de capital con interés ó renta, corre desde el último pago de la renta ó del interés.

Lo mismo se entiende respecto al capital del censo consignativo.

En los censos enfitéutico y reservativo se cuenta asimismo el tiempo de la prescripción desde el último pago de la pensión ó renta.

Los preceptos que este artículo contiene, fúndanse en que hasta que se deja de pagar el interes ó renta, existe el reconocimiento del acreedor por parte de su deudor, y no hay motivo para suponer falta de diligencia por parte del acreedor.

El Proyecto de 1851 propuso preceptos análogos al que nos ocupa, que estrechamente relacionado se encuentra con los arts. 1605 al 1607, donde se determina lo que son censos enfiteuticos, consignativos y reservativos; 1614, en el que se preceptúa como han de pagarse las pensiones; y con el art. 1620 en el que se previene que son prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos, conforme se dispuso en este título de la prescripción.

Concuerda con los arts. 1180 del Código del Uruguay, 515 del de Portugal, 1668 y 1669 del de Vaud, 2455 del de Veracruz-Llave, 1215 del de Mexico, 1105 del de la Baja California, 1214 del de Campeche y otros.

Art. 1971. El tiempo de la prescripcien de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme.

Digitized by Google

Es lógico el precepto que acaba de consignarse, porque en verdad, es imposible que se ejercite una acción hasta que se determine y decida á quien corresponde; por esto hasta que la sentencia sea firme, no puede empezar á correr el término para prescribir acciones (lo mismo reales que personales), cuyo cumplimiento ha de declararse en un fallo, cualquiera que sea el plazo señalado para la prescripción de la obligación de que en la sentencia se tratare.

El Proyecto de 1851, en su art. 1970, propuso un precepto análogo al que nos ocupa, que en relación está con el art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Concuerda con los arts. 1181 del Código del Uruguay, 2456 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1972. El término de la prescripcion de las acciones para exigir rendicion de cuentas corre desde el dia en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas.

El correspondiente á la accion por el resultado de las cuentas, desde la fecha en que fué éste reconocido por conformidad de las partes interesadas.

También existe el mismo fundamento que en los anteriores artículos expusimos, para que en las acciones que deban ejercitarse al objeto de exigir rendición de cuentas corra el término de la prescripción desde el dia en que cesaron en sus encargos los que debian rendirlas, porque hasta entonces no podia pedirseles liquidación de cuentas definitiva: como es de buen sentido el apartado segundo de este mismo artículo, porque hasta la conformidad de las partes ó de la ejecutoria, no hay resultado liquido; y por ello, desde el reconocimiento por conformidad de las partes del resultado de las cuentas, no puede correr el término para la prescripción de tal acción.

El Proyecto de 1851, en su art. 1938, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 546 del Código de Portugal, casi igual al nuestro en esto; 3960 del de la República Argentina; 1218 del de México; 1108 de la Baja California, 1217 del de Campeche y otros.

Art. 1973. La prescripcion de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamacion extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

No es preciso pensar mucho acerca de este precepto, para comprender que se interrumpe la prescripción de acciones por el ejercicio de las mismas ante

Digitized by Google

los Tribunales, por la reclamación extrajudicial, y por cualquier acto de reconocimiento tácito ó expreso de la deuda por el deudor; puesto que si la prescripción de acciones consiste en dejar transcurrir un lapso de tiempo determinado sin utilizarlas, desde el momento en que se ejercitan ante los Tribunales, se interrumpe esa inacción, ese abandono que engendra y produce la prescripción.

Hubo un tiempo dudas acerca de si la reclamación extrajudicial del acreedor interrumpia ó no la prescripción; y aunque se dictaron sentencias contradictorias, como la de 5 Octubre de 1874 y 12 Febrero de 1875, siempre nos pareció más lógica y razonable la doctrina establecida en la última, pues toda reclamación extrajudicial ó judicial por parte del acreedor, todo reconocimiento por parte del deudor, tácito ó expreso, no puede menos de interrumpir ese estado de abandono que la ley con la prescripción castiga. Por esto creemos que el legislador ha hecho un gran bien con el lógico precepto que al presente estudiamos.

Precedentes encontramos en las leyes 7.ª, párrafos 5.° y 6.°, tit. 39, lib. 7.° del Código romano; y 29, tit. 29, Part. 3.ª

El Proyecto de 1851, en su art. 1987, propuso un precepto análogo.

Concuerda con los arts. 2248 del Código de Francia, 2125 del de Italia, 2248 del de Belgica, 2019 del de Holanda, 3989 del de la República Argentina; nums. 2 y 3 del 677 del de Guatemala; núm. 2 del 1195, y 1199 del del Uruguay; num. 4 del 552 del de Portugal; 2518 del de Chile, 2273 del de Bolivia, 1497 del de Austria, 3486 del de la Luisiana, 1655 del de Vaud, 1232 del de Mexico, 1117 del de la Baja California, 1231 del de Campeche y otros.

Art. 1974. La interrupción de la prescripcion de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha ó perjudica por igual á todos los acreedores y deudores.

Esta disposicion rige igualmente respecto á los herederos del deudor en toda clase de obligaciones.

En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores mas que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripcion respecto á los otros codeudores.

Dijimos al comentar el art. 1141 de este Código, que, cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil á los demás; y que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán á todos ellos; y hoy, consecuente con aquellos principios, nuestro Código, en este artículo 1974, establece la regla de que la interrupción de la prescripción de una

Digitized by Google

ciones en las obligaciones solidarias aprovecha ó perjudica por igual á todos los acreedores y deudores, según los casos. Evidente es que la interrupción de la prescripción emanada de uno de los acreedores solidarios, aprovecha á todos los acreedores, y, recíprocamente la que se ha causado contra uno de los deudores solidarios, puede oponerse á los demás de su clase, pues si la solidaridad implica conjunción de derechos y obligaciones y responsabilidad *in solidum*, no puede menos de interrumpirse para todos los deudores solidarios el lapso de tiempo necesario para la prescripción por el reconocimiento expreso ó tácito, ó por el pago hecho por cualquiera de dichos deudores, como se interrumpiría por la reclamación de cualquiera de los acreedores solidarios.

Y esto que es de buen sentido, y que á poco que se discurra se comprende perfectamente, tiene que suceder de igual modo cuando á cualquiera de los herederos del deudor se le reclama la deuda como tal heredero, pues como todos juntos y cada uno de los herederos representan á su causante, y lo primero que en toda herencia debe hacerse es pagar las deudas hereditarias, y recaudar los créditos antes de la división y partición de bienes, de aquí la razón y fundamento del precepto que contiene el segundo apartado del art. 1974 que comentamos.

Viénese á diferenciar en el tercer apartado de este artículo la verdadera mancomunidad ó solidaridad, cuando el acreedor reclama solo de uno de los deudores solidarios la parte de deuda que á prorrata pudiera corresponderle, de cuando hace la reclamación de la totalidad; en este último caso, que es el del primer apartado que nos ocupa, se interrumpe la prescripción; en el otro, no.

El Proyecto de 1851 proponía algo parecido en sus arts. 1988 y 1989.

Concuerda con los arts. 1199 y 2249 del Código de Francia, 2130 del de Italia, 1199 y 2249 del de Bélgica, 678, 679 y 680 del de Guatemala, 1201 del del Uruguay, 554 y 555 del de Portugal, 2519 del de Chile, 2472 y 2473 del de Veracruz-Llave, 2275 del de Bolivia; 575 y 576 del de Prusia, en la parte 1.ª de su tit. 9.º; 1655 del de Vaud, 2020 del de Holanda, 3994 al 3996 del de la República Argentina; 1233 al 1236 y 1238 del de México; 1118 al 1121 y 1123 del de la Baja California: 1232 al 1235 y 1237 del de Campeche y otros; más debe advertirse que no todos estos Códigos extranjeros conceptúan de igual modo la interrupción de la prescripción respecto de los herederos de un deudor, y que especialmente en Francia, Italia, Bélgica y Holanda, no se considera interrumpido el lapso de tiempo para la prescripción, respecto de los demás coherederos, por la reclamación hecha á uno de ellos, aun cuando el crédito fuese hipotecario, más que en el caso de que la obligación fuese indivisible, interrumpiéndose tan solo por la parte de la deuda, cuyo pago pudiera corresponderle á aquel heredero á quien se le hizo la reclamación; exigiendo tales Códigos para interrumpir la prescripción por el todo, respecto de los codeudores, que se haga la notificación á

Digitized by Google

todos los herederos del deudor fallecido, ó que se verifique el reconocimiento por todos estos herederos.

En cambio los Códigos de Veracruz-Llave, Portugal, Guatemala, México, Baja California y Campeche, están en perfecta conformidad con el nuestro respecto de estos extremos; tanto es así, que nos dice el de Portugal: «Las causas que interrumpen la prescripción, con relación á un deudor solidario, la interrumpen respecto de los demás: pero si el acreedor, consintiendo en la división de la deuda con relación á uno de los deudores solidarios, exigiese de él únicamente la parte que le corresponde, no se tendrá por interrumpida la prescripción respecto de los demás codeudores.» Y luego nos dice el art. 555 de dicho Código: «Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á los herederos del deudor, sea ó no solidario.

Iguales preceptos en la esencia, con insignificante variedad en la redacción, vemos en los arts. 678 al 680 del Código del Uruguay. Y el de Veracruz-Llave que tiene su art. 2473 igual al 555 del de Portugal, dice en el art. 2472 que le precede: «En las obligaciones mancomunadas, cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha ó perjudica á los demás. Sin embargo, cuando el acreedor, dividiendo la deuda, no reclama de uno de los deudores mancomunados más que la parte que le corresponde, no se interrumpe la prescripción respecto de los otros codeudores.

Y los Códigos de México, Baja California y Campeche, no solo coinciden en sus primeros artículos citados con los tres apartados del que comentamos, si bien el 2.º de éste corresponde al 3.º de aquéllos, sino que luego añaden: «para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto de todos los deudores no solidarios, se requiere el reconocimiento ó citación de todos.

Art. 1975. La interrupcion de la prescripcion contra el deudor principal por reclamacion judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará á éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor ó reconocimientos privados del deudor.

No cabe duda respecto del primer concepto que entraña este artículo, puesto que lo accesorio sigue á lo principal, y tener debe la misma duracion. Es más, como que la fianza no tendría razón de ser sin deuda principal á que atender subsidiariamente, el fiador desaparece con la solvencia del deudor principal; por lo tanto, para los efectos de la prescripción, como para todo lo que sea del uno, tiene que ser subsidiariamente del otro; pero si bien este concepto no ha de dar lugar á cuestiones, pudiera originarlas el segundo que el mismo artículo envuelve, pues no faltará quien suponga que, si según el art. 1973 de

Digitized by Google

este Código, la prescripción de acciones se interrumpe por el ejercicio de las mismas ante los Tribunales por cualquier otra reclamación extrajudicial y por reconocimientos privados del deudor, debia perjudicar al fiador también cualquier clase de reclamaciones extrajudiciales ó cualquier reconocimiento del deudor; pero existe una razón de esa diferencia, y es sencillamente la de que siendo subsidiaria la responsabilidad del fiador, necesario es que se acredite de una manera cabal y feaciente la reclamación del acreedor ó reconocimiento del deudor, lo cual no puede tener lugar con más formalidad que verificándolo judicialmente. De este modo se evitará que una supuesta reclamación extrajudicial del acreedor, ó un supuesto reconocimiento del deudor, perjudiquen al fiador, y que se pierdan las solemnidades de actos de tal trascendencia con relación á terceros responsables.

El Proyecto de 1851, en su art. 1990, propuso un precepto análogo, en parte, al que nos ocupa, que en relación está con el art. 1835 de este mismo Código, en el que se determina que la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal, y que la realizada por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad.

Precedentes encontramos en la ley 91, párrafo 4 °, tit. 1.°, lib. 45 del Digesto; y concordancias vemos en los arts. 2250 del Código de Francia, 2132 del de Italia, 2250 del de Bélgica. 681 del de Guatemala, 1202 del del Uruguay, 556 del de Portugal, 2275 del de Bolivia, 1659 del de Vaud, 2021 del de Holanda, 3997 del de la República Argentina, 1236 del de México, 1121 del de la Baja California y 1235 del de Campeche.

CONTRATOS.

ARAGÓN.

Los fueros de Aragón tratan de los contratos, dividiéndolos, como hemos dicho antes, por su objeto. Colocan en primer lugar aquellos cuyo objeto es adquirir la propiedad; después tratan de aquellos en virtud de los que se adquiere el uso; luego se ocupan de los que tienen por objeto adquirir un servicio; y por último estudian los que se celebran para el aseguramiento de una obligación.

Contratos que tienen por objeto adquirir la propiedad según los Fueros de Aragón.

COMPRA Y VENTA.

NATURALEZA Y EFECTOS DE ESTE CONTRATO.

Es la compra y venta un contrato por el que uno adquiere las cosas ó derechos que pertenecen á otro mediante cierta cantidad de dinero, ó sea cierto precio.

Digitized by Google

Este contrato no se perfecciona allí por el sólo consentimiento. Para que no pueda revocarse por el vendedor ni por el comprador, es además preciso alguno de los requisitos siguientes: que se haga en instrumento público y mediante corredor, ó por lo menos con instrumento público; pues de este modo queda transferido en el comprador el dominio de la cosa; ó que se haga la venta mediante corredor; ó que se entregue al comprador la cosa vendida; ó que se entreguen *arras*, es decir, alguna cantidad por señal y que sirva en parte de pago. Todo conforme á lo que previenen las Observancias 5.ª de *Emptione et vendit.* y 22.ª de *Fide instrum.* (Se relaciona con el artículo 1450 de nuestro Código Civil.)

Cuando la cantidad que se entrega como *arras* se diera solo por señal (lo cual indica que generalmente se da también como parte del precio), el vendedor podrá deshacer la venta dando al comprador la cantidad doblada, y este también podrá deshacerla perdiendo la señal.

Si la venta se celebró sin ninguno de los requisitos que antes hemos indicado, cualquiera de los contrayentes podrá separarse libremente del contrato entregando al otro cinco sueldos jaqueses, según el Fuero único y la Observancia única de *pactis inter emptorem et vendit.*—Ob. 39 de General privil. Está en desuso, según opinión de los más notables Fueristas la entrega de esos cinco sueldos jaqueses, y en general esta disposición se refiere á los bienes muebles, puesto que para la venta de los sitios ó raíces es precisa la escritura pública.

A pesar de que ordinariamente con cualquiera de los requisitos en un principio expuestos, queda perfeccionada la venta, la de los bienes sitios necesita para su validez, escritura pública extendida en forma legal. (Fuero 1.º de *Emptione et vendit.* y *Obs.* 17 y 20 de *Probation).*

Ni el vendedor ni el comprador pueden deshacer la venta una vez perfeccionada, con pretexto de haber recibido en el precio lesión enorme, no solo porque en aquel Reino no se conoce la restitución *in integrum*, sino porque allí rige el principio, que no es la primera vez que consignamos en este modesto trabajo: *Quia tamtum valet res quantum vendi potest.* Si bien esto no es obstáculo para que se anule todo contrato en el que medie verdadero dolo, porque donde éste existe no puede haber racional, consciente y espontáneo consentimiento, y siendo éste el principal de los requisitos esenciales de todo contrato, no podría menos de considerarse nulo el que sin dicho esencialísimo requisito se celebrase; esto aparte de la acción penal que para perseguir el engaño pueda ejercitarse.

El comprador está obligado á entregar al vendedor el precio convenido en el lugar que hubiese señalado, y, no especificándolo, en el que se debió hacer la entrega de la cosa vendida. Debe también pagarlo en el momento en que se le entregue la cosa, ó en el que se hubiese otorgado la escritura, sino se pactó

Digitized by Google

algo en contrario. El vendedor está obligado á entregar la cosa vendida en el lugar señalado, y no habiendo señalamiento en el que se hallase al tiempo de la celebración del contrato; pero cuando se venden vigas, bastará que el vendedor las señale para que se entiendan entregadas. *Ob.* 10.ª *de Emptione et vendit.*—Y según el F. 3.º *de reivendicat.* y Ob. 11 de General privil., también está obligado á la evicción, con tal que se haga saber la reclamación judicial entablada por alguno que pretende tener derecho á la cosa dentro de veinte días contados desde dicha reclamación.

Para que tenga lugar esta disposición es necesario que el demandado posea la cosa que se le reclama.—Ob. 14 de General privil.

Por la evicción no solo reclama el comprador el precio entregado, sino también la indemnización de perjuicios. Pero si al tiempo de la venta supiere el comprador que la cosa no era del vendedor, no tendrá acción para recuperar el precio, á no ser que en el mismo contrato se hubiera pactado la evicción. Esto sostiene Lissa, Sessé y otros fueristas, pero nosotros creemos que el conocimiento de que la cosa comprada no es del vendedor, ni es de persona que al vendedor autorizase para su venta, arguye una mala fe sin límites contra la cual solo la acción penal debia ser la encargada de poner correctivo, sin dar cabida á ninguna clase de evicción, pactada ó no pactada, porque implica más que una inmoralidad la comisión de un delito ó cuando menos el encubrimiento.

Previene el Fuero 1.º de *Emptione et vendit*: que no tiene lugar la evicción. 1.º Cuando el comprador sea de mala fe. 2.º Cuando el vicio que tenia lo cosa vendida estaba patente al tiempo de la venta. 3.º Cuando en la escritura de venta de alguna casa, heredad ó monte redondo no se expresen sus confrontaciones, ni el pueblo en que están sitos. Esta disposición tercera no se extiende á los hornos, molinos, castillos y baños indivisos cuando uno de sus dueños vende su parte, porque entonces no puede señalarse la confrontación.

Cuando el vendedor de una finca la conserva en su poder por espacio de tres años ó la mayor parte de ellos, y después la vende á otra persona entregando á ésta realmente y de hecho la posesión de la misma, el segundo comprador es el que debe reputarse como verdadero dueño á pesar de cualquiera cláusula de *precario* y de *constituto* que se hubiera puesto en la escritura de la primera venta.—*F.* 2.º *de Emptione et vendit.*

Si el dueño de alguna cosa mueble robada, la encuentra en poder de alguno, puede recuperarla sin dar cantidad alguna, cuando el que la retiene dice haberle sido empeñada por una persona desconocida; pero estará obligado á entregar la mitad del precio, cuando aquel en cuyo poder está la cosa asegura con juramento haberla comprado, pero que no conoce al que la vendió.—*Ob.* 3.ª *Emptione et vendit* y 12 de Privil. general.

Cuando uno en calidad de dueño reclama alguna bestia á otro, el que la

Digitized by Google

tiene no está obligado á manifestar quién se la vendió si prueba que el la compró en feria ó en mercado público. Ob. 9 de *Privil. gener.*—(Algo parecido á esto vemos en nuestros Códigos Civil y de Comercio).

La venta puede ser pura ó condicional. También se puede hacer con el pacto de retrovendendo, ó, como comunmente se dice, *á carta de gracia*; esto es, que siempre y cuando el vendedor restituya el precio, se resuelva el dominio y posesión que habia transferido al comprador, se verificará así sin acto alguno de las partes, de manera que se podrá obtener la posesión en el juicio sumarisimo; y esto aunque el pacto no se hubiera puesto incontinenti sino pasado algún intervalo.

La retroventa se tendrá por hecha desde luego que el vendedor use de su derecho, aún cuando el vendedor no quiera revender la cosa.

Los *caplevadores*, con decreto del Juez, pueden vender los frutos inventariados en pública subasta, y con moderación de diez dias; la venta se hará mediante pregón y el precio de los frutos se subrogará en lugar de ellos.—F. de 1646, tit. Proceso de inventario.

Ninguna clase de productos, sean naturales ó industriales, está sujeta á tasas ni á posturas. Todo se puede vender libremente al precio y en la manera que más acomode á sus dueños, con tal que no perjudique á la salud pública.

DEL DERECHO DE TANTEO Ó DE LA SACA.

Tanteo ó saca era llamado en Aragón el retracto. Según él, cualquiera que posea alguna finca que perteneció á sus abuelos ó padres y haya de proceder á su venta, debe ofrecerla antes á sus hermanos ó parientes, y sólo en el caso de que éstos no la quieran comprar, podrá venderla libremente. Cuando se vendiere á un extraño sin haber hecho esta oferta, cualquiera hermano ó pariente del vendedor por la parte de que provenga la finca ó fincas, las podrá recuperar libremente entregando al comprador dentro de un año y un dia el precio en que fué vendida, y jurando que la quiere para sí.—FF. 4.° y 5.° de *Communi divid.*

La disposición anterior sólo tendrá lugar cuando el hermano ó consanguíneo que quiera retraer la finca vendida estuviera ausente ó ignorase la venta, porque si la supiese sólo tendrá diez dias contados desde que tuvo noticia de ella para usar del derecho de la saca.—F. 4.° cit.

Cuando el comprador de la finca se negase á recibir el precio del que la retrae, debe éste, dentro del tiempo prefijado anteriormente, mostrarle señal y ofrecerle el precio que le habia costado, y haciendolo así, el comprador no podrá ya retenerla.—F. 5.° cit. y Ob. 21 de Gener. privil.

El derecho de la saca tiene también lugar en las ventas judiciales ó de

Digitized by Google

Corte; pero aquellos á quienes competa deberán usar de él en el término de dos meses desde que fué hecha la venta, sin que para que tal término corra sea necesario notificárseles.—Fuero de 1678 titulado. «Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones de Corte».—Del mismo modo es aplicable el derecho de la saca á las ventas hechas en pública subasta. Pero lo expuesto no es obstáculo para que el retrayente no pueda hacer uso de su derecho dentro del periodo de los diez dias de la venta; entendiéndose respecto de las ventas *á carta de gracia* desde que la finca salió de la familia, porque si bien es ciertocomo dice Suelves, que la venta no es irrevocable, desde el momento que se hizo con pacto de retro, hay transferencia de la cosa; y por lo tanto, como sostiene Sessé, desde entonces ha de contarse el término para el retracto ó la saca.

Para que tenga lugar el derecho de la saca se requiere: 1.° Que la cosa vendida sea raiz ó inmueble: 2.° Que la finca ó fincas vendidas sean del abolorio ó patrimonio; por lo que no estarán sujetos á retracto los bienes que se vendiesen por el mismo que los adquirió.—Ob. 2.ª de Consort. y rei.: 3.° Que los bienes vendidos hayan permanecido en la familia, porque si salieron de ella, aunque vuelvan de nuevo, ya no habrá lugar al retracto en otra venta; y asi se practica: 4.° Que se venda la finca á un extraño, ó caso de haberla vendido á un pariente que sea más remoto que el que la retrae.

El derecho de la saca no tiene lugar en las permutas, á no ser que se pruebe que ha precedido una venta.—Ob. 16 de Consort. ej. rei.

El derecho de retraer es puramente personal, por lo cual no puede cederse á un extraño; pero cuando el pariente más próximo no use de él, se admitirá al siguiente en grado.

Moral y austero en sus costumbres Aragón, no es otorgado derecho de la saca á los nacidos de ilegitima unión; reprochando asi la bastardia.

Cuando se vende una finca de abolorio bajo condición, los parientes no pueden retraerla antes de que dicha condición se cumpla.

El comprador de una finca sujeta al tanteo ó retracto, no puede enajenarla durante el tiempo que los parientes tienen para usar de este derecho, y si lo hiciere, el consanguineo que quiera recuperar la finca podrá reclamar contra él, sin que le sirva de pretexto el haberla enajenado.—Observancia 8.ª de Consort. ej. rei.

El comprador está obligado también á jurar, para evitar fraudes, que dió por la finca el precio que consta en la escritura, y no constando en ella, cuál es el que dió, ó probarlo por medio de testigos, como se determinó en las decisiones de 1562 y 1563 que cita Portolés al tratar del *Abolorium*.

Digitized by Google

DE LA PERMUTA.

Otro de los contratos que los fueros de Aragón comprenden en la primera clase ó sea entre aquellos contratos cuyo objeto es adquirir la propiedad, es la permuta, en virtud de la cual dos ó más personas cambian una cosa por otra.

Contrato es este primitivo como el que más; más primitivo que el de compra y venta; ya lo digimos al ocuparnos de la legislación general, porque mientras no existió esa mercancía general que fija y determina el valor de la cosa, mientras no existió la moneda, ese valor convencional ó numerario que todo lo abarca, que todo lo iguala, que tanto facilita las transaciones y las negociaciones humanas, no pudo tener vida la compra y venta que sustituyó en gran parte á la permuta, generalizando las relaciones sociales y siendo la base fundamental del comercio.

En los países aforados, como en donde rige en todas sus partes la ley general de la nación, no pueden ser muy distintas las disposiciones bajo las que se regulan la permuta y la conpraventa; si bien en la primera no hay el precio que es esencial en ésta.

Los permutantes por el Fuero de Aragón obligados están á entregarse mutuamente las cosas objeto de la permuta ó del cambio; pero no tendrá derecho el uno á exigir del otro la cosa prometida hasta que el reclamante dé la que por su parte ofreció.

Cuando uno de los permutantes haya cumplido lo pactado y el otro se niegue á cumplirlo habiendo sido requerido, el primero tiene el derecho á pedir el cumplimiento del contrato ó su rescisión, con indemnización de daños y perjuicios, según elija.

Si en cambio de una cosa se dá dinero y además otra cosa, se reputa este contrato como venta cuando el dinero represente un valor mayor que la cosa; y permuta en el caso contrario.

Las cosas permutadas se subrogan en lugar de las que dan por ellas.

En la permuta, á diferencia de lo que sucede en la venta, se puede alegar engaño ó error para que se enmiende: pero no tiene lugar el beneficio de la *saca*, ni se paga laudemio por la permuta de los bienes tributarios.

DEL MÚTUO.

El contrato que en tercer lugar coloca el Fuero entre los que tienen por objeto adquirir la propiedad es el mútuo; contrato por el que uno transfiere á otro una cantidad de cosas de las que se consumen con el primer uso, con la obligación de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad.

Digitized by Google

El deudor, ó sea el que recibe alguna cosa en mútuo, esta obligado á pagarla en el tiempo convenido, á no ser que el acreedor le conceda prórroga ó moratoria. Nadie más que éste se halla facultado para concedérsela, estando prohibido dar curso á todas las solicitudes que se hagan al Rey con tal objeto, como se hacia antiguamente, hasta que el R. D. de 21 de Marzo de 1834, derogó los Fueros que trataban de la moratoria.

El deudor que no tiene lo suficiente para pagar á su acreedor puede hacer cesión de todos sus bienes á favor de éste, siempre que la deuda no provenga de escrituras de censos, comandas, letras de cambio y deudas á favor de Universidades, pues son privilegiadas, y como tales traen aparejada ejecución, como los créditos que constan por escrituras públicas.

Los labradores no podrán ser presos por deudas civiles, ni se les puede embargar los instrumentos necesarios para sus labores, á no ser por deudas á favor del fisco. Tampoco podrán ser ejecutados por deuda alguna en sus bestias de arar, ni en los aperos y aparejos de labranza, ni en sus sembrados ni barbechos en ningún tiempo del año, auque no tuvieren otros bienes, excepto por los derechos Reales, por las rentas de las tierras ó por lo que el dueño de ellas les hubiere prestado para la labor, y en estos tres casos cuando no habia otros bienes no podian ser ejecutados en un par de bestias de arar. En ningún caso ni por ningún título se podia hacer ejecución ni embargo en las mieses que después de segadas existieran en los rastrojos ó en las eras hasta que estuviesen limpios y entregados los granos; pero se podia poner interventor cuando el deudor tuviera arraigo y no diese fianza suficiente. Tales y tan grandes eran los privilegios de que gozaban los labradores por el Fuero de 1626, Pragmática Sanción de 37 de Mayo de 1786 y Auto acordado de 1765: pero á pesar de tales disposiciones y de lo prevenido en el art. 10 del Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 6 de Septiembre de 1836, después de lo establecido por la ley hipotecaria, por la ley de enjuiciamiento civil, y de abolidos los privilegios de clases, no podemos creer en vigor lo que hoy no tiene razón de ser, ni es sostenible ya, cuando han desaparecido las castas y todos somos iguales ante la ley.

Los créditos pueden ser manifiestos y no manifiestos. Manifiestos son cuando constan por escritura ó por confesión de parte. *Ob.* 19 *de rerum testa.* y 9 *interpretat. qualiter et inquibus*, etc., etc. Todos los demas creditos entran en la clase de no manifiestos.

El que en escritura pública confiesa deber alguna cantidad está obligado á pagarla, aunque en aquella no se exprese la causa de la deuda, sin que pueda oponer la excepción *non numeratæ pecuniæ.—Ob.* 6.ª *de confesis.*

El acreedor puede repetir contra el deudor ó contra el fianza, según quisiere, pero cuando el deudor hubiera hipotecado especialmente alguna finca, tanto el deudor como el fianza tendrán derecho para exigir del acreedor que

Digitized by Google

proceda á la venta de la finca obligada, antes de compelerles al pago de la deuda.—*Ob.* 3.ª *de fidejusor*, 15.ª de gener. privil., 2.ª *de emptione et vendit.* y 13.ª *de rerum testat.*

El acreedor que ve que su deudor enajena sus bienes de modo que ha de quedar insolvente, puede emparar, por medio del Juez del pueblo en que están sitos, los que basten para cubrir el crédito.—*F.* 7 de *Fidejusor*.—De igual manera puede impugnar las donaciones cuantiosas de bienes sitios hechas por el deudor á algun o de sus hijos, pero solo en el caso de que éste se hubiese obligado especialmente.—*Ob.* 2.ª *de Donation.*

El acreedor no puede cobrar rédito por las cosas ó cantidades que haya prestado, bajo pena de perder la deuda, de que quedará libre el deudor; y caso de haber sido pagado el rédito con la deuda, el deudor podrá reclamar tanto ésta como aquel. Este beneficio no se puede renunciar —*F.* 6.º *de usuris* y 7.º de 1626 titulado. Que se guarde el *F. de usuris*, etc., etc. También será nulo el pacto *anticrético.*

Todo crédito se extingue: 1.º Por su pago. 2.º Por compensación de los créditos liquidos.—3.º Por el depósito judicial de la cosa ó cantidad que se adeuda, cuando el acreedor se niega á recibirla.—Ob. 1.ª de depósito.—4.º Por la prescripción.

El pago del crédito se presume cuando se halla escritura ó instrumento en poder del deudor, mientras no se pruebe lo contrario (*Obs.* 9 y 15 *de fide instrum.*), sin que esto tenga lugar respecto de los censos según una decisión del Consejo de Justicia de 1490: pero el pago no se puede probar con testigos cuando la deuda se contrajo por medio de escritura pública, porque parece lógico que el crédito instrumental solo se pruebe por el instrumento en que quedó constituido; pero hay quien sostiene que este principio no es tan absoluto, que pueda admitirse como inconcuso y necesario, pues ha habido ocasiones en que la posesión por diez años en cobrar una prestación ha sido causa y prueba bastante de reclamación, aunque no se haya presentado título, existiendo una decisión de 1678 en que así se resolvió.

CENSOS.

El contrato que en 4.º lugar se presenta ante el Fuero entre los que tienen por objeto adquirir la propiedad es el censo.

Se dá el nombre de censo al contrato ,en virtud del cual, mediante una *finca* ó *capital* que transfiere á otro en pleno dominio, adquiere el derecho de cobrar de éste cierto rédito ó pensión anual. Cuando se transfiere una finca se llama censo reservativo; y consignativo cuando se da cierta cantidad de dinero; en este caso el que recibe la cantidad debe obligar una finca á esta prestación.

Digitized by Google

El rédito anual ha de consistir precisamente en dinero, si bien en el censo reservativo se podrá cobrar en frutos.

Se puede constituir censo con lo que á uno le deben y aun con las pensiones vencidas de otro censo. Es lícito el pacto de que se pueda pedir el capital del censo cuando se cese en el pago de las pensiones. En los censos reservativo y consignativo se puede poner también la cláusula de *comiso* para el caso en que no se paguen las pensiones.

Cuando no conste la imposición del censo se podrá probar por medio de la escritura de reconocimiento del mismo, llamada allí *antipoca*, y por el pago de las pensiones.

Aunque el censualista no tiene acción para pedir el capital del censo, podrá sin embargo reclamarlo si se subastan los bienes del que lo debe pagar, ó si se encuentra que la finca gravada estaba hipotecada con anterioridad.

Los censos cuya imposición consta por escritura pública, (decia antes el Fuero, pero hoy deben constar de esa manera, puesto que han de inscribirse), entran en la clase de créditos privilegiados con respecto á las pensiones que se deben, y como tales traen aparejada ejecución. Para probar el pago de pensiones anteriores, no basta una ápoca de haberse satisfecho en los tres últimos años, son necesarias las tres ápocas diferentes. Los censualistas pueden también aprehender la finca gravada con censo por lo tocante á las pensiones atrasadas, si en la escritura de imposición se consignó la clausula de *precario*.

El censo no se extingue por perecer parcialmente la finca gravada con el, si la parte que queda es suficiente para pagar la pensión.—*F. de usuris* de 1585.

El capital del censo era imprescriptible en Aragón; pero no las pensiónes, de las cuales se pueden prescribir todas á excepción de las 29 últimas: sin embargo, teniendo en cuenta la Ley Hipotecaria en su art. 134, y los arts. 1963 y 1964 de nuestro Código Civil, el capital censal es prescriptible hoy en aquel pais como en todas las provincias aforadas, puesto que la Ley Hipotecaria se dió con carácter general y á todos obliga.

En Aragón se conoce el censo enfitéutico con el nombre de *tributación*, y consiste en el derecho que tiene el que ha transferido á otro el dominio útil de una finca reservándose el directo, para cobrar cierto cánon del que recibe la fincaó censo. Como en este caso, aunque no plena, se le transfiere la propiedad de la finca al enfitéuta, y tal dominio útil es uno de los derechos que se pueden tener en las cosas, el Fuero trata de él después de ocuparse de la propiedad y entre los derechos que pueden tenerse sobre las cosas, según vimos en otro lugar.

El rédito ó pensión de los censos redimibles ó al quitar no puede exceder del 3 por 100 del capital que se impone.

Digitized by Google

Los censos, ya sean perpétuos, ya temporales, son redimibles; y así como éste, se aceptan en Aragón otros principios tomados de la Novísima Recopilación; porque, á la verdad, los Fueros, desde que desaparecieron los antiguos reinos de que estaba formada la nacionalidad, fuéronse perdiendo en todas sus manifestaciones, y aunque en la constitución de la familia se hayan conservado más que en otra cosa, sobre todo en Aragón y en Cataluña, la contratación, que, necesitaba generalizarse, ha ido adaptándose como no podia menos á las disposiciones del derecho común, tanto más, cuanto que las leyes Hipotecarias, de Enjuiciamiento, y cuantas se han dado con carácter general, desde nuestro nuevo régimen social, no podian menos de obligar á toda la nación, conforme á un precepto constitucional de todos muy conocido.

CONTRATO DE SOCIEDAD.

Otro de los que comprendidos están entre los que tienen por objeto adquirir la propiedad, y que entre ellos figura en 5.º y último lugar, es el de sociedad.

Sociedad ó compañía, (esta última frase es mas propia del Código de comercio), es aquel contrato, por el cual algunas personas reunen sus capitales ó industrias con el objeto de adquirir algún lucro. Así lo entienden los comentaristas del derecho aragonés; pero también confiesan que en aquel país como en todas las provincias de España, la sociedad, como contrato, se regula por las disposiciones generales, por mas que se haga alguna excepción respecto de la sociedad conyugal, de la que ya nos ocupamos en lugar oportuno, y de la que tanto ha tomado el Código civil en su sustanciabilidad.

En cuanto á las compañías mercantiles, el Código de Comercio ha fijado también una legalidad común que responde en la mayor parte de sus preceptos á las necesidades de la época; y que aceptables son en su mayoría para cualquier pueblo culto con ligeras reformas.

Contratos que tienen por objeto adquirir el uso.

COMODATO.

El comodato es un contrato por el que uno presta gratuitamente á otro una cosa de las que no se consumen con el primer uso, con la condición de que la devuelva concluido el uso ó el tiempo que se prefija. Se diferencia el comodato del precario, en que el que recibe una cosa por este último título no puede usar de ella sino á arbitrio del que se la ha prestado.

El que recibe un animal prestado y lo pierde, debe pagar lo que valia, según juramento de su dueño.—F. único, *comodati*.

Digitized by Google

El dueño de la cosa prestada no puede reclamarla hasta que se haya hecho el uso para que se prestó.

DEL ARRENDAMIENTO.

Otro de los contratos que tienen por objeto adquirir el uso de una cosa ó de servicios es el arrendamiento, que ante el Fuero se definia; contrato por el cual, uno concede á otro el uso de alguna cosa ó de algunos servicios mediante cierto precio.

El arrendamiento puede hacerse con escritura ó sin ella; siendo preferido el que se hace con escritura pública al efectuado sin ella, aunque éste sea anterior.—F. 1.°, *Locati et conducti*, y Ob. única, *Locati et conducti*.

Los arrendamientos de cualquiera finca son libres á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasación, aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesión y engaño con arreglo á las leyes.—Art. 2.° del *Decreto de las Cortes* de 5 Junio de 1813, restablecido en 6 Setiembre de 1886.

Los arrendamientos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes.

El arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobación del dueño; pero podrá sin ella vender ó ceder, al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

En los nuevos arrendamientos de cualesquiera finca, ninguna persona ni corporación podrá bajo pretexto alguno, alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño. Sin embargo, los padres serán preferidos á cualquiera otra persona que quiera arrendar los bienes divididos entre ellos y sus hijos, siempre que den el mismo precio que ésta ofrecia. (F. último de *communi divid*).

Los arrendamientos podrán hacerse para todo el tiempo que las partes estipulen. Exceptúanse los bienes aprehensos que no se pueden arrendar por más de dos años cada vez; (F. de los arrendamientos de los bienes aprehensos de 1646); y los eclesiásticos cuyo arrendamiento no podia pasar de tres años.

Los arrendamientos de predios rústicos se observan religiosamente durante el tiempo estipulado; y el dueño, aun con el pretexto de necesitar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas—(art. 5.° del Decreto de 1813 ya citado, de donde se han tomado la mayor parte de las disposiciones sobre arriendo).

El dueño de una finca que la necesita para venderla ó para habitar en ella,

Digitized by Google

podrá rescindir el arrendamiento siempre que su necesidad sea tal que no tenga otra casa para habitar, ni otra finca que vender, y esto no servirá de escusa al arrendatario para dejar de pagar el alquiler correspondiente al tiempo transcurrido. Pero si el dueño de la casa la empeña ó arrienda á otro, no podrá reclamar ni ésta ni el precio del arrendamiento hasta el tiempo prefijado.—F. 1. *Locati et cond.*

Los arrendamientos de predios rústicos sin tiempo determinado, durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, podrá hacerlo así avisando á la otra un año ántes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesión, una vez desahuciado por el dueño.

Concluido el tiempo del arrendamiento de cualquier predio rústico, cuando se hiciera por tiempo determinado, fenecerá con éste sin necesidad de mútuo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquier clase pueda alegar posesión para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duración del contrato. Sin embargo, si el arrendatario permaneciese en la finca tres dias más con aquiescencia del dueño, se entenderá aquélla arrendada por otro año con las mismas condiciones.

El arrendamiento de una casa ú otro predio urbano, se entiende también que continua con los mismos pactos que hasta entonces, y por el tiempo que haya de costumbre, cuando el arrendatario, después de finalizado el arrendamiento, continúe en el sin contradicción del dueño. Pero donde no fuera costumbre arrendarlo por un año ó por medio, solo se entenderá arrendado por el tiempo que haya permanecido en él el arrendatario.

Si bien en Zaragoza, es costumbre hacer los arriendos por semestres ó tandas, que comienzan por San Juan y por Navidad, los arrendatarios deben dar aviso de su cesación el dia de la Cruz de Mayo ó el de Todos los Santos respectivamente, según que el cambio se haya de hacer en San Juan ó en Navidad.

El que toma alguna heredad consignada y confrontada en instrumento público con la obligación de cultivarla á medias, no puede dejarla hasta que haya finado el tiempo convenido, y si la deja, puede ser compelido á cultivarla según se obligó, ó á abonar al dueño de la heredad todos los perjuicios que por esta razón experimente.—Ob. 2.ª de *jure emphitet.*

El que alquiló una bestia que después se pierde por su culpa, debe pagar su valor al dueño, debiéndose estar al juramento de aquél acerca de su culpa ó descuido.—F. F., único *Commodati*, y 2.º *Locati et conducti.*

El dueño de bienes sitios fructíferos, arrendados por medio de escritura pública, es preferido aun á los acreedores más antiguos del arrendamiento, por lo que respecta al precio del arriendo, que podrá cobrar privilegiadamente de los frutos de los mismos bienes, no obstante firma apelación ó cualquier otro recurso.—*F. de* 1678 *tit. Que la cobranza de los arrendamientos de rentas, etcétera.*

Digitized by Google

Contratos que tienen por objeto adquirir un servicio.

DEPÓSITO.

El depósito puede ser convencional ó judicial. Depósito convencional, es un contrato por el que uno entrega á otro cierta cosa para que la tenga en su poder gratuitamente hasta cierto tiempo, ó hasta que se la pida el que se la entregó.

El depositario, aun cuando no se hubiera obligado con instrumento, debe restituir la cosa depositada siempre que se la pida, sin que le pueda servir de escusa su ausencia por haber ido á guerrear contra los sarracenos.—*Ob. única Commodato, y* 3.ª *de Privilegii absent. caus. Reip.*—Esa excusa no seria hoy pertinente ni oportuna.

Tampoco puede el depositario retener el depósito cuando sea reclamado, á pretesto de compensarlo con lo que el depositante le debiera.—F. 1.º del Depósito.

Cuando el depositario que ha sido citado por algún Juez para la restitución de la cosa depositada no comparece, se le venderán los bienes necesarios para cubrir el valor del depósito, pregonándolo antes por treinta dias. Sin embargo, se le oirá si durante este tiempo comparaciese aduciendo razones para que no se efectúe la venta.—*Ob.* 16 *de Contumatia.*

El depósito de dinero se prueba únicamente con instrumento público, pero los de cualquiera otra especie se pueden probar con testigos.—*Ob.* 17 *de Probationibus.*—Pero se puede probar con testigos haberse devuelto el depósito, en el caso de que sus deposiciones se hayan reducido á escritura con autoridad del Juez.

El depósito, sea de dinero ó de cualquier otra cosa, se prescribe por veinte años, según el Fuero 2.º de Depósito; exceptuándose los depósitos de corte y los pertenecientes á menores.

El depósito de dinero se conoce generalmente con el nombre de *comanda.* Cuando consta por escritura pública entra en la clase de créditos privilegiados, y en él no tiene lugar la cesión de bienes.—(*Ob.* 1.ª *de Cesione bonor.*)—El depósito judicial es el que se hace consignando en poder del Juez ó de la persona ó establecimiento que las leyes designan, la cantidad ó cosa que uno tiene obligación de restituir ó entregar.

Si una persona ofrece á otra la cantidad que le debe de entregar y ésta se negare á recibirla, deberá aquélla depositarla en poder del Juez, sin que quede libre de la obligación con la sola oferta.—Ob. 1.ª de Depósito.

El que está obligado á entregar bajo alguna pena y dentro de cierto tiempo una cantidad determinada, que se empara por el Juez antes de concluir el

Digitized by Google

tiempo prefijado, se liberta de la pena consignando dicha cantidad en poder del mismo Juez.—*Ob.* 1.ª *de Pœnis.*

Los depósitos judiciales de Zaragoza, estaba mandado se hiciesen en su Real Monte de Piedad, que percibia los derechos marcados en sus ordenanzas, aprobadas por S. M. en 17 de Julio de 1773, según una Real cédula de 21 Octubre de 1751 confirmada por Rs. Os. de 27 de Agosto de 1828 y de 2 de Junio de 1832, las cuales derogaron el Fuero de 1678 titulado: De la entrega de los depósitos al administrador ó arrendador de las generalidades y de la obligación de su libramiento.

DEL MANDATO.

Otro de los contratos comprendidos en el tercer grupo, ó sea entre los que tienen por objeto adquirir algún servicio, es el mandato.

Contrato de mandato es aquel por el que uno se obliga á desempeñar gratuitamente los negocios licitos que otro le confia. Por tanto, el mandato debe recaer sobre cosas licitas, y será nulo el que contrario fuera á las buenas costumbres; según el Fuero único y la Observancia 1.ª de Mandati.

Sosteniase por algunos fueristas que para la validez del mandato era necesario reducirlo á escritura pública; pero aun cuando esto parezca procedente en alguna clase de mandato entre ellos el judicial y juicios sometidos á árbitros, hay otros mandatos que en la práctica no se escrituran en Aragón, tanto más cuanto que estando admitida en aquel pais la ratificación en los juicios por el F. *un. de ratihabitione* de 1461, mejor podia admitirse en los negocios extrajudiciales, toda vez que no hay prohibición expresa; y por ello, á pesar de la opinión de Suelves, si bien es muy conveniente, no siempre es necesaria la escritura pública para la validez del mandato.

Aunque uno se presente en juicio demandando ó respondiendo por alguna persona de quien no tiene poder, se considerará válido todo lo que haga si ésta se ratifica antes de la conclusión del negocio, según el F. *un. de ratihabitione.*

El mandato extrajudicial no se entiende revocado mientras no se hace saber la revocación al mandatario.

Contratos que tienen por objeto adquirir seguridad.

Compréndese en este cuarto grupo las fianzas, las prendas y las hipotecas; pero hoy, realmente, no cabe el sostenimiento de las legislaciones aforadas en esta clase de contratos, y muy especialmente en cuanto á las hipotecas, toda vez que la ley hipotecaria se dió con carácter general en una época en que no podia menos de obligar á todos los españoles; y aunque no fuese más conve-

Digitized by Google

niente para el objeto de adquirir seguridad la legislación general que la foral con solo atender á que la ley hipotecaria fué aceptada por el uso, y regir debia en todas las provincias de España, bastaria para que, aun prescindiendo de lo que determina el art. 18 de este mismo Código, no pudieran sostenerse disposiciones especiales acerca de las hipotecas en Aragón.

DE LAS FIANZAS.

El contrato de fianza es aquel por el cual una persona responde del cumplimiento de la obligación contraida por otra.

Puede constituirse fiador todo el que pudiendo obligarse, tiene suficiente arraigo ó responsabilidad para cumplir la obligación del deudor principal.—F. 1.° y Ob. 1.ª de *fidejusor*.

La mujer viuda puede afianzar en los contratos.—Ob. 2.ª de *fidejusor*., pero ningún Juez puede reducirla como *caplevadora* ó fiadora en juicios ó de bienes inventariados, bajo pena de nulidad de la obligación, según el Fuero de 1585, que se titula: *Que mujer no puede ser caplevadora*.

El vendedor de una cosa puede constituirse fiador de salvedad de ella; pero el que hace donación de una finca no puede ser fiador de si mismo.—Ob. 4.ª de *fidejus*. El fiador de salvedad no está obligado á hacer salva la cosa si su principal no la posee. Sin embargo, cuando se haya obligado con instrumento público á poner á su principal en posesión de la cosa, tendrá que hacerlo por una vez si éste no la hubiese poseido jamás; pero si ya la poseyó, quedará libre de la obligación el fianza.—Ob. 1.ª de *fidejus*.

El que se constituyó fiador en contrato no está obligado á hacer cesión de bienes como el deudor, á no ser que, por medio de escritura pública, se hubiese obligado como principal ó solidariamente.—Obs. 11 y 19 de *fidejus* y 4.ª de *cessione bonor*.

El acreedor puede repetir contra el deudor ó contra el fiador, pero cuando hubiere alguna finca especialmente hipotecada al pago de la deuda, el fiador tendrá acción para exigir del acreedor que intente el cobro de ésta antes de hacerle pagar, lo cual indica bien á las claras que el principio general antes sentado no puede considerarse mas que con el carácter subsidiario que tiene todo fiador en cuanto á su responsabilidad, pues lo contrario implicaria una solidaridad que no lleva en si por su naturaleza la fianza. Siempre hemos entendido que el verdadero fiador se hace responsable cuando el deudor cuya obligación aseguró, no puede cumplir la obligación asegurada; y asi lo entendieron varios fueristas, entre ellos Portoles, Villar y otros; lo cual viene á corroborarse en los preceptos de los arts. 1830 y 1834 del Código Español que nos ocupa.

Si el fiador ve que el deudor principal quiere enajenar sus bienes de manera que haya de quedar insolvente, puede pedir al Juez del pueblo en que están

Digitized by Google

sitos que embargue los necesarios para el pago de la deuda, según el Fuero 7.° de *fidejusor*, en lo cual bien parecido es á lo que determina el núm. 2.° del artículo 1843 del Código.

El que afianza por alguno que tiene los bienes emparados ó embargados, no se liberta de la obligación presentando el deudor al Juez, sino entregando los bienes que en virtud de su afianzamiento quedaron desemparados ó desembargados, y esto aun cuando se hayan enajenado posteriormente.—Obs. 8.ª de *fidejus*.

El fiador del que prometió entregar cierta cosa ó cantidad dentro de un plazo determinado, está obligado á entregarla ó á hacer que el deudor la satisfaga, según los FF. 1.° de *pignor*. y 8.° de *fidejus*.

El fiador cuyos bienes han sido embargados por el acreedor, podrá también embargar los del deudor principal; mas si á ruegos de éste el acreedor alza el embargo al fiador, debe él alzarlo igualmente al deudor. El embargo debe ser autorizado por el Juez.—F. 9.° de *fidejus*. y Ob. 5.ª de *rer. testat.*

El fiador no tiene acción para repetir contra el deudor principal mientras no cumpla la obligación contraida por éste; pero cumplida que sea, podrá reintegrarse de la cantidad desembolsada cobrando dobladas las expensas y perjuicios que con tal motivo se le originasen, debiendo estar á su juramento en cuanto á este reintegro.—FF. 4.° de *fidejus*., 20 de *pignor*. y Observancia 28 de *fidejus*.

Si el fiador ha satisfecho alguna cantidad por el deudor principal y tiene documento que acredite su pago, puede repetir contra el deudor, y no reintegrándole éste, proceder á la venta de sus bienes muebles y en su defecto de los sitios.—Obs. 28 y 32 de *fidejus*.

El que se constituye fiador de derecho por alguno, tiene que responder con sus bienes cuando los de su principal no alcanzan á cubrir la cantidad en que fuere condenado, y así se podrán ejecutar los bienes del fiador.—Ob. 5.ª de *fidejus*.

La fianza de derecho sólo tiene lugar por lo tocante á bienes sitios, pues siendo de muebles debe obligarse además al fiador á tenerlos de manifiesto.—Ob. 22 de *fidejus*.

La obligación del fiador se extingue: 1.° Por la liberación ó remisión de la deuda hecha por el acreedor. 2.° Por prorrogar el acreedor el cumplimiento de la obligación fuera del tiempo convenido sin anuencia del fiador. Y 3.° Por cualquiera otro medio con que se extinga la obligación principal.

PRENDAS É HIPOTECAS.

De estos dos contratos tratan los Fueros y Observancias de Aragón confundidos bajo un mismo epígrafe; y hemos de excusarnos de indicar cosa alguna

Digitized by Google

de los contratos de prenda é hipoteca ante el derecho foral, porque habria de repetirse lo expuesto al tratar del derecho general, ó habriamos de transcribir aquí disposiciones derogadas por la ley hipotecaria, unas anticuadas y otras en desuso.

CATALUÑA.

CONTRATO DE COMPRA Y VENTA.

Ocúpanse de este contrato tanto el tit. 19 del lib. 4.°, primer volumen, y el 5.°, lib. 4.° del 2.° volumen de las constituciones; pero las pocas leyes de ambos títulos deciden casos particulares. Este contrato, como casi todos, saca del derecho romano sus principios, por lo que, aunque sea frecuente, vario y complicado, no podemos entrar en pormenores de aquel derecho; pues ya hemos indicado más de una vez que los contratos no pueden encontrar grandes variantes entre el derecho general y el foral, mucho menos el de compra y venta.

Ante la legislación catalana, como ante la general, la compra y venta exige ciertos requisitos que, copiados en esta región unas veces del derecho romano y otras de la Novísima Recopilación, no dejan de ser esencialmente los mismos que en nuestro Código se exigen.

No hemos de repetir aquí que el contrato de compra-venta es aquel por el cual uno de los contratantes conviene en entregar cierta cosa á otro por precio determinado. No hemos de expresar tampoco que es común y mercantil: ni menos hemos de detenernos á demostrar que su base és el consentimiento, como la de todos los contratos, y que hoy ya todos los Códigos modernos lo consideran como el principal requisito indispensable para su perfección, admitiendo cuantas condiciones lícitas quieran imponerles los contratantes, y pudiendo celebrarse puramente y bajo condición suspensiva y resolutoria, según el párrafo 4.° de *empt. et vend.* de la Instit.

Celébrase como en toda la nación por escrito ó de palabra, perfeccionándose en el primer caso por la firma de la escritura, y en el segundo por el simple consentimiento de las partes acerca de la cosa y de su precio. (Ley 17, *Cód. de fid. inst.—Inst. princ. de empt. et vend*).

El vendedor puede recibir del comprador una cantidad, por *arras*, en señal y prueba del contrato celebrado, en cuyo caso, si el comprador se aparta del contrato la perderá; y si es el vendedor el que deziste del contrato, devolverá las *arras* dobladas, según la Inst. ya citada.

Los requisitos indispensables de la compra y venta son, como ya hemos dicho: consentimiento de los contratantes, cosa y precio.

El consentimiento supone la capacidad de los contratantes; quien no es capaz no puede consentir; los incapaces sujetos á prohibición no pueden celebrar el contrato de compra y venta.

Digitized by Google

No hemos de repetir aquí los casos de incapacidad expuestos ya al estudiar el derecho general; todas las incapacidades aceptadas como buenas en Cataluña, comprendidas están en el Código Civil y en las leyes de carácter general.

En cuanto á la cosa objeto de este contrato, escusado es decir que en Cataluña, como en todas partes, todo lo que está en el comercio de los hombres puede ser objeto de la compra-venta. Por lo demás, el *Usatje Christiani*, que trata de las penas en que incurrian los que vendian armas á los sarracenos, hoy no tiene objeto y es contrario á los hábitos mercantiles de este país; el *usatje statuimos quod aliquis* relativo á las ventas ordinarias prohibidas á los clérigos sin ciertos permisos, no puede estar en uso; la enajenación de bienes eclesiásticos, obedece aquí, como en todas las provincias de España, á leyes especiales que carácter general tienen; siendo caducas las especiales que del derecho canónico y de la Novísima Recopilación pudieran observarse antes en esta región, como caducaron ya las que en observancia estuvieron prohibiendo comprar mulo por precio mayor de 30 libras, paños extranjeros, y otras, entre las cuales habia una que establecia algunas formalidades para la venta de granos en el caso en que la Real Audiencia le pareciese caso urgente por el cual se pudiese compeler á la venta, etc., etc., etc., como también se dió otra en la ley 1.ª, tit. 5.°, lib. 4.°, vol. 2.°, dictada en 1334, para evitar abusos que habian ocasionado un período de esterilidad, por la cual se declaraban nulas las compras por un adelantado precio de trigo, avena y otros granos que aún estaben en yerba, etc., etc.

Precio.—Aquí, como en todas partes, el precio ha de ser cierto y determinado.

Efectos del contrato.—El efecto de este contrato ha de ser doble, como lo dan á entender las dos palabras de que su nombre se compone *compra-venta*, habiendo de apreciarse en relación á cada uno de los contratantes, vendedor y comprador, entre quienes existe el *vinculum juris*, por virtud de la relación jurídica entre ambos establecida, que da lugar á derechos y obligaciones para las dos partes.

Obligaciones del vendedor.—Transferir la propiedad de la cosa vendida, conservarla hasta que efectúe su entrega y responder de ella en caso de evicción ó vicio redhibitorio. (Ley 188, Dig. de verb. sig.—Leyes 3.ª y 11, párrafo 1.°, Dig. de *act. empt. et vend.*) La entrega de la cosa vendida, libre de cargas, con sus correspondientes accesorios, ha de hacerse en el tiempo y lugar convenidos, y hasta realizarla debe cuidar el vendedor de ella con la misma diligencia que emplea con las propias, siendo responsable de los daños ocasionados por su culpa, y aún de los que provengan de caso fortuito si se constituyó

Digitized by Google

yó en mora. (Ley 35, párrafo 4.° de *cont. empt.*—Ley 36 de *act. empt. et vend.*—Ley 21, párrafo 3.°, D. de *cont. empt.*, etc., etc.); y como ante el derecho general está obligado á mantener al comprador en su posesion, y aún sin haberse expresado esta circunstancia, queda sujeto á la evicción, pues de lo contrario seria el contrato ilusorio.

Obligaciones del comprador.—Pagar el precio de la cosa comprada en el tiempo y lugar convenidos, (ley 11, párrafo 2.°, *in fin*, ley 13, párrafo 2.°, Dig. de *act. empt.*); por más que se considere como otra obligación consecuencia de la principal ya expuesta, la de hacerse cargo de la cosa comprada llegado el dia en que debió verificarlo; y si requerido para ello ante testigos no la recibe, puede el vendedor abandonarla, alquilar á su costa lugar donde custodiarla, ó venderla al precio corriente, según se deduce de lo ordenado en la ley 9.ª del Dig. de *act. empt.* y la 1.ª parrafo 20 de *per. et com.*

A cargo del comprador moroso corren los daños y perjuicios que sobrevengan en la cosa vendida, aun en el supuesto de que el vendedor hubiese estado anteriormente constituido en mora (ley 31, Dig. de *act. emp. et vend.*); y una vez perfeccionada la venta, correrá de cuenta del comprador el daño ó provecho que la cosa experimente, á no ser que hubiere perecido por culpa ó dolo del vendedor; si aun sin culpa, á ello se hubiera obligado; si la cosa pereció por algún vicio antiguo; si, vendida la cosa á condición de pesarla, medirla ó gustarla, se hubiere destruido sin verificar ninguno de estos actos, es decir, antes de constituir *especie*, según varios textos del Digesto.

Oriundo de país foral, bien quisiera yo guardar como vendita reliquia el sagrado depósito de todas las legislaciones aforadas, y, contando con facultades para ello, hacerlas compatibles con la manera de ser de nuestra época; pero mi entusiasmo se estrella en el granítico é insalvable baluarte de la razón, y ante ésta se amortiguan los más puros y platónicos encantos las más arrebatadoras pasiones que hácia los antiguos lares patrios siente mi corazón. Aragón, Cataluña, Navarra, casi todos los antiguos reinos de que se formó esta gran nacionalidad, tuvieron una constitución social propia, y dentro de aquella manera de ser, habian de regirse por leyes especiales que regulasen sus actos. Conseguida la unidad nacional, según todos sabemos, no podia sostenerse la antigua variedad de sus legislaciones propias en la misma forma que mientras conservaron su independencia aquellos reinos; y si bien el poder central (bajo cuya dirección todos hoy viven y todos hoy participan de sus ventajas y de sus inconvenientes), tuvo que hacer concesiones y dejar su antigua legislación á los antes independientes reinos, esto habia de tener lugar exclusivamente para respetar los derechos ya adquiridos, pero sin obligarse en manera alguna á legislar especialmente para las regiones que habian formado viejos estados y que hoy son porciones integrantes de esta nacionalidad española.

Digitized by Google

Pues bien, si la unidad se operó, la nación debe ser una en todo; y al dar nuestras nuevas leyes las Cortes con el Rey; y al elevar á precepto la expresión de la voluntad soberana sobre cosas de interés común, esos cuerpos colegisladores compuestos de los representantes del país en todas y en cada una de sus porciones, no pueden menos de cumplir el precepto constitucional de que unas mismas leyes regirán en toda la monarquía, por la misma razón que todos disfrutan igualmente de sus garantías, y todas contribuir deben por igual á su sostenimiento. Pero hay más: el país, el pueblo español que hoy vive y se desarrolla bajo la unidad nacional, siente necesidad de entrar en el concierto universal de los pueblos civilizados, aspira justamente á generalizar sus relaciones sociales, económicas, industriales y mercantiles, y para llenar esta aspiración, España entera, y Cataluña mas que ninguna otra región de España, debe abandonar la rémora y confusión del antiguo derecho, para buscar en el moderno cuanto facilite su contratación, cuanto sostenga la libertad de la propiedad, cuanto dé vida al país, que moriría de raquitismo y anemia si encerrase sus relaciones sociales en los estrechos moldes en que los Fueros tuvieron que girar por razón de los tiempos, por la limitación de los antiguos territorios aforados, por su vida de circunstancias y su carencia de conocimientos generales.

España, que como las naciones más importantes del mundo tiene hoy algo del cosmopolismo que todo lo abarca, y que cambia por completo las costumbres de los terrenos más apartados del general concierto, á medida que crece, á medida que se desarrolla, á medida que entabla relaciones con todas las otras naciones, ha de sentir la necesidad de una lengua, sino universal, porque esto es muy difícil, general, de una unidad monetaria, de una unidad de pesos y medidas, de una general legislación para facilitar los cambios, hacer sencilla la contratación y estrechar más y más las relaciones de los pueblos; pues bien, si esto es una aspiración noble y natural en todo país qu marcha con el progreso humano; racionalmente pensando ha de ser la de las regiones aforadas, tanto más cuanto lo mejor de ellas hase recogido por la legislación general y el sostenimiento de ciertos Fueros hoy les perjudica.

Por esto se hace insostenible que ningún país que comprenda sus intereses, pudiendo disfrutar del Código en cuyo lib. 4.º se facilitan tanto las transacciones, pretenda sostener principios de legislaciones varias, todas antiguas, que como tales, no sirven ni pueden servir para llenar las necesidades de la época.

Además, reconocemos en el Código como precedentes de nuestra legislación común muchos de los preceptos de derecho romano, que de gran enseñanza sirvieron, y que hoy mejorados los mantiene nuestro Código; principios que son los mismos en la esencia, que los que anticuados y sin el nuevo traje de la época, veneran los que se llaman regionales y llevan su intransigencia sin límites hasta el extremo de suponer que no pueden ni deben discutir con quien mire imparcialmente el uniformismo legal.

Digitized by Google

Si hubiéramos de exponer aquí lo poco que los Fueros de Cataluña tienen acerca de las obligaciones y de los contratos, no haríamos más que repetir en su mayor parte los principios hoy sentados por el derecho general, aunque sin el conducente desenvolvimiento, aunque sin las modificaciones y forma aceptables con que los presenta el Código.

Por otra parte, ¿es por ventura nuevo, que nuestra ley Hipotecaria, que nuestra ley del Notariado, que la instrucción para redactar instrumentos públicos; que otras muchas leyes civiles dadas con carácter general, como no puede menos de darse hoy todas las leyes, y aceptadas por las regiones aforadas, han llegado á desvirtuar esos privilegios hoy incomprensibles de las antiguas legislaciones forales?

Pensábamos haber transcrito lo que por algunos se supone, especialmente, vigente en materia de obligaciones y contratacion, para Cataluña, Navarra y Baleares; pero ya que según el art. 6.° de la ley de bases de 11 Mayo de 1888 se han de formular verdaderos apéndices de lo que en vigor quedar pueda de esas legislaciones, y que, siguiendo las vicisitudes del Código hemos de dar imparcialmente á nuestros lectores cuanto adicione, modifique ó mejore nuestro Código, no daremos por ahora mayor extensión á esta obra, ni traeremos en forma de legislación foral los preceptos del Digesto y del Código Justinianeo, que como precedentes de nuestro derecho hemos citado.

Contrario al art. 1260 de nuestro Código, es el juramento promisorio que se pretende sostener como vigente en Cataluña, no como derecho propio, sino como emanado del derecho canónico que sanciona y regula los efectos del juramento promisorio en las convenciones, ó sea el prestado para corroborar una promesa, hasta el punto de que eminentes tratadistas de derecho catalán, como Cancer, Mieres, Fontanella, Durán y Bas, Gibert, Brocá y Ameli, sustentan la idea de que según las *Decretales de Gregorio IX*, cap. 13, *De judicat* y otras disposiciones del derecho canónico, debe cumplirse en este país el juramento adicionado al acto de contraer una obligación, aunque no esté reconocida por el derecho civil. Nosotros, respetando como respetamos muy mucho las opiniones de todos y mucho más las de hombres de valer que toda consideración merecen; respetando las instituciones canónicas en cuanto á sus altos fines conciernen en lo que es propio de su esfera de acción, vemos que ciertas teorías solo conducen á crear rozamientos y antagonismos entre doctrinas muy distintas, que alcance diverso han de tener necesariamente; rozamientos inconvenientes para las mismas potestades de que esos distintos derechos emanan, que no deben ingerirse jamás la una en el terreno de la otra, mucho más cuando luego tanto la Decretal de *jurejur*, como la Decretal *de pactis*, principalmente ésta, en sus capítulos 3.° y 29, párrafo 1.°, tit. 1.°, lib. 18, vienen á determinar que el juramento no obliga si la otra parte no cumple su compromiso. De manera, que viene á reconocerse que ese juramento es ilusorio por

Digitized by Google

más que se preste con discernimiento, libertad, verdad y justa causa, y no sea obligatorio el prestarlo á la fuerza.

Pero es más, aunque se suponga que la sentencia de 30 Abril de 1872, confirmó la doctrina del derecho canónico, hay otras varias decisiones que la contrarian; y hoy principalmente tenemos el art. 1260 de nuestro Código, que en conformidad con todos los Códigos modernos la desvirtúa.

Sin insistir en el recuerdo de la ley 25 párrafo 6.° del Digesto del tit. 2.°, libro 19, de cuyo precepto parece deducirse que ante el Derecho romano el contrato de aparceria, á que se refiere el art. 1579 de nuestro Código, fue considerado como arrendamiento; hemos de manifestar sí, que en Cataluña es muy frecuente el contrato de aparceria, el cual se rige por las prescripciones del Derecho romano, y muy especialmente por los usos y costumbres que sirvieron de base á su establecimiento, observándose entre los autores catalanistas poca conformidad acerca de si debe considerarse como verdadero contrato de sociedad ó ha de incluirse entre los contratos, pues mientras Falguera, Gibert y otros, los conceptúan dentro del contrato de sociedad; Brocá, Ameil y algunos otros, le dan la consideración de arrendamiento; si bien no discrepan en cuanto al nombre de *parcé* que se dá al aparcero, de *masover* si habita en el campo; por mas que hay provincias, como la de Tarragona, donde es conocido con el nombre de *mitgé*, sin duda por darse á medias ó mitad las tierras en aparceria dentro de aquel territorio.

En Cataluña, es muy frecuente hacer la renovación de arriendos de los campos semestralmente, por Junio en San Juan, ó por Diciembre en Navidad.

Respecto al arrendamiento de obras y servicios de que se ocupan los artículos 1583 al 1603 del Código civil, en Cataluña conservan en vigor la Constitución 1.ª, tit. 2.°, lib. 7.°, vol. 1.°, en cuyas disposiciones se ordena que los criados no pueden pedir salario después de la muerte de sus amos, á no ser que justifiquen se les prometió en cantidad cierta; disponiéndose en la Constitución 3.ª, tit. 21, lib. 9.°, vol. 1.°, que los pastores y mayorales no pueden tener ganado propio mezclado con el del amo del rebaño que custodian, ni aun separadamente.

En cuanto á los censos, Cataluña guarda su legislación especial, bien diferente en parte de la general, pues prescindiendo de que la *rabassa morta* y el *censo rebesajats*, parten de la base de la separación del dominio útil y directo como la enfiteusis; difieren de ésta en su duración, en su modo de constituirse y en la superposición de dominios á que dan lugar los subestablecimientos creando esos dominios medianos que traban la propiedad de una manera fatal.

Por lo demas, el censal, el vitalicio, el violario y el juro, no pueden confundirse en modo alguno con los verdaderos censos de la legislación general, por

Digitized by Google

cuanto estos constituyen verdaderos derechos reales, mientras que aquellos solo han constituido siempre derechos y obligaciones personales, por más que sean susceptibles de una garantía real como la hipoteca, lo cual puede suceder con todas las obligaciones.

No es en Cataluña aplicable hoy la doctrina que el Código civil sostiene respecto al censo enfitéutico en el cap. 2.º del tit. 7.º de este lib. 4.º, por cuanto á la enfitéusis, *censo* ó *establecimiento* como le llaman en esta región, conservan su legislación foral, especialísima y antigua, que, aun que quizá les perjudique ya hoy, se obstinan en conservar, sin querer fijarse en que algunas de sus disposiciones las ha aceptado la legislación general, y consignado está en nuestro Código. Buena prueba es de esto el art. 1656 del mismo, sobre cesión del terreno para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, y otros preceptos cuyo detenido estudio revela su procedencia foral.

Prescindiendo de la tecnología del *establecimiento*, *establiente* y *establecer* que fácil es de comprender es lo cierto; hay que tener en cuenta que entre los catalanes hay enfiteusis, que atribuyen la plenitud de los derechos con todas sus consecuencias, por lo cual les denominan censos con dominio, mientras que otras dan tan solo derecho á las pensiones, al tanteo y al reconocimiento ó cabrevación, y no al laudemio, distinguiéndose entonces con el nombre de *censos á nuda percepción*; en tanto que otros solo conceden la facultad de cobrar la pensión, y se llaman censos sin dominio.

Hay en esta región un establecimiento á primeras cepas, ó enfitéusis temporal, conocido por todos con el nombre de *rabassa morta*, del que ya algo hemos dicho en otro lugar, en virtud del cual el dueño de una finca cede á otro en la totalidad de dicha finca ó en una parte determinada el dominio útil para que deba plantar el cesionario en la misma, con la condición de pagar un canon anual, y de que la tierra revierta al cedente cuando se hayan extinguido las primeras cepas. De tal contrato ya hemos dicho se ocupa el Código en su art. 1656.

Apenas en uso, se trata también de sostener en Cataluña, un contrato antitético á la enfitéusis en la forma, cuyo objeto no se alcanza fácilmente de no prescindir de ciertos principios generales de derecho, y de otra cosa, que no nos atrevemos á suponer siquiera. Ese contrato llamado *revesejats*, consiste en que el dueño de una finca transfiere á otro el dominio directo de la misma por cierto precio, reservándose el dominio útil y la obligación de pagar el canon. Cierto es que quien tiene el pleno dominio de una cosa, lo mismo puede transferir el dominio útil que el directo, pero no es fácil que se desprenda uno de lo principal, ó sea del dominio directo, para quedarse con lo accesorio mediante el pago del canon por el cedente al cesionario. Mas no es aquí solo donde encontramos este contrato, aunque con distinto nombre: en Galicia y en Asturias suele transferirse también el dominio directo por cierto

Digitized by Google

precio, con reserva del dominio útil y la obligación de pagar un canon en especie, recibiendo este contrato el nombre de censos ó foros frumentarios, cuya validez, apesar de haberse puesto en duda alguna vez, fue reconocida en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 26 Septiembre de 1860.

Suponen algunos que el establecimiento á primeras cepas comunmente conocido con el nombre de *rabassa morta* no es distinto del derecho de superficie, y así se desprende de algunas sentencias del Tribunal Supremo entre ellas la de 5 de Diciembre de 1863, 9 Mayo de 1865 y 10 Noviembre de 1868; mientras otros le niegan tal consideración, pero realmente tiene mucho de enfitéusis, pues al fin y al cabo por el derecho de superficie se transfiere el dominio útil en el suelo de una finca para que otro edifique en él mediante el pago perpetuo de una pensión; distinguiéndose de la enfitéusis común principalmente en que el superficiario no puede destinar la finca á un uso diferente del que tiene, ni queda sujeto al comiso ni al pago de laudemios.

En la huerta de Valencia es donde se ha generalizado el contrato de superficie para facilitar la edificación y regular los derechos de los labradores que construyen barracas ó pequeñas edificaciones en los campos que tienen en colonato.

No hemos de repetir aquí lo que ya dijimos al comentar el art. 1631 del Código; pero cumple á nuestro deber no pasar por alto que en Cataluña había gran variedad respecto á la cuota del laudemio, hasta que el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Diciembre de 1862 declaró: Que la última ley del tit. 66, lib. 4.° del Código romano establece que los señores directos solo pueden percibir por laudemio la cincuentena parte del precio de la finca que se enajena: lo mismo que prescribe la ley 29, tit. 8.°, Part. 5.ª: Que cualesquiera que sean las disposiciones que contengan respecto á la enfitéusis, así el derecho municipal de Cataluña como el supletorio, solo pueden tener valor en cuanto no se hallen derogadas por las leyes generales del Reino posteriores al Real decreto de Nueva Planta que forma la ley 1.ª, tit. 9.°, lib. 5.° de la Novísima Recopilación: Que el art. 7.° de la ley de 23 de Mayo de 1823 dispone que en las enfitéusis que hayan de subsistir no ha de exceder la cuota que se pague por laudemio de la cincuentena parte, ó sea del 2 por 100 del valor líquido de la finca que se enajena, con arreglo á las leyes del Reino, no estando obligados los poseedores del dominio útil á satisfacer mayor cantidad, cualquiera que sean los usos y establecimientos en contrario.

Sin embargo, no faltan autores que sostienen los antiguos preceptos del derecho foral, y sustentan la idea de que el laudemio es la cantidad, que, en la enajenación de la finca enfitéutica, no exceptuada por la ley, debe satisfacerse al dueño directo por el reconocimiento que éste hace del nuevo enfiteuta, y la que por igual concepto se paga en los subestablecimientos de Barcelona y su huerta y viñedo.

Digitized by Google

Mas no podemos continuar la exposición de todo cuanto algunos autores tratan de sostener en las regiones aforadas, porque solo serviria para crear la más absurda confusión, y tanto menos podemos ocuparnos de esto cuanto la variedad y la contradición es inmensa, y cuando en los apéndices que hemos de publicar, hemos de consignar los informes de las académias de jurisprudencia, de derecho, y demás corporaciones, en los que, después de bien debatido el asunto, se ha de proponer lo que como legislación especial de cada país aforado debe quedar vigente. Así es, que prescindiendo hoy de exponer aquí si con arreglo á la Constitución 2.ª de Pedro III, dada en las Cortes de Cervera el año 1359, tit. 31, lib. 4.º, volúmen 1.º; se ha de pagar por laudemio la tercera parte del precio ó valor del feudo en todas las enajenaciones á título oneroso, como venta, permuta, donaciones en pago, etc., etc.; la décima parte en las enajenaciones á título gratuito, y la vigésima parte de la cantidad por la cual el feudo se hipotecare, obligare ó integrare por razón del censo al quitar el vitalicio, ó por cualquiera otra causa, excepto si lo hiciere el marido ú otro por él, en seguridad de la dote de la esposa, hemos de expresar que los preceptos generales son sobre este extremo más lógicos y procedentes.

No hemos de añadir por lo tanto una palabra más ni acerca de la sentencia arbitral sobre paga de laudemios que se han de pagar en la ciudad y territorio de Barcelona (de que se ocupa Vives, pág. 188); ni hemos de detenernos á exponer que el tanto es el 7 ó el 10 por 100, según sea el estabiliente lego ó eclesiástico, ni si cada dómino mediano debe cobrar el 2 y medio por 100; ni si en este territorio el laudemio lo paga el enajenante de la cosa establecida, en vez de pagarlo el comprador, como se paga en el resto de España según la legislación general; porque puntos son estos que deben tratarse en los apéndices y que después de pesar el pro y el contra de su perseverancia, después de un reflexivo exámen sobre todos y cada uno de esos extremos, debe proponerse al Gobierno lo procedente. La ley 29, tit. 8.º, Part. 5.ª; la Constitución 1.ª, tit. 12, lib. 4.º, vol. 2.º; el decreto de las Cortes de 1811; la ley de 3 de Mayo de 1823, la Real Orden de 29 de Octubre de 1844, y las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1845; 2 de Octubre de 1850, 25 de Julio de 1856, 10 de Diciembre de 1858, 23 de Febrero de 1859, 30 de Diciembre de 1862 y 28 de Noviembre de 1863, dignas de tenerse en cuenta son para los efectos del caso; pero á poco que se reflexione, ni estamos hoy en los tiempos del rey D. Pedro III, ni en la época en que D. Fernando II legislaba desde Monzón (año 1510) para el principado de Cataluña y los condados de Rosellón y Cerdaña; ni hoy pueden sostenerse esa diferencia entre los derechos de laudemio que entonces se sostenia para los legos y para los eclesiásticos.

Cuanto nuestro Código preceptúa en su art. 1802 respecto de la renta vitalicia, se ve en Cataluña, aunque con alguna diferencia, bajo el nombre de violario, que no es otra cosa que el derecho personal de percibir una pensión

Digitized by Google

ánua durante una ó mas vidas, mediante cierto precio y con facultad de redimir. Es igual al censal en cuanto á la pensión ánua, en cuanto al precio, en cuanto á la facultad de redimir; pero se diferencia en que el máximum de duración es la vida ó vidas indicadas en el contrato, con cuyo término se extingue el derecho de violario sin necesidad de restituir el capital; y podrá redimirse antes de que llegue dicho plazo mediante la devolución de dicho capital.

Pero de todos modos las analogías antes indicadas, y por constituirse el violario como el censal, mediante la creación y venta del derecho de percibir la pensión se le llamó también *censal de por vida* al violario; que tampoco puede confundirse con el vitalicio que se constituye mediante la entrega de una finca en pleno dominio, con reserva de percibir una pensión anual durante la vida del mismo cedente; mientras que en el violario no hay esa transferencia de la finca; y además el vitalicio es esencialmente irredimible, mientras el violario ó censal de por vida es redimible.

En cuanto á los *compromisos*, los títulos 13, lib. 2.°, vol. 1.°, y 10, lib. 2.°, vol. 2.° de la Compilación, fueron derogados por la ley de enjuiciar.

En Cataluña se conocen las fianzas contractual y judicial; y donde rige el privilegio ó *Recognoverunt proceres*, las mujeres pueden ser fiadoras de sus maridos.

Trata también especialmente la legislación catalana de la prescripción de que se ocupa el art. 1957 de nuestro Código, sin diferir mucho de éste, pues ya se atienda al *Usatge Omnes causæ*, tit. 2.°, lib. 7.°, cap. 44 del *Recognoverunt proceres* ó á otras disposiciones, es lo cierto que en esta región los inmuebles y toda clase de derechos y acciones reales y personales prescriben á los 30 años, plazo ordinario de prescripción que vino á sustituir á los términos establecidos por el derecho romano de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. Y en cuanto á los bienes muebles se prescriben por el transcurso de tres años, según costumbre.

Los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios, Procuradores y de todos los artistas y artesanos por razón de sus oficios, prescriben á los tres años, según las Constituciones 1.ª, 4.ª y 8.ª, tit. 1.°, lib. 7.°, vol. 1.°; y los de los Farmacéuticos á los dos años, de conformidad con la Constitución 7.ª del mismo título, libro y volúmen.

Los derechos de los criados de ambos sexos prescriben al año de haber dejado el servicio de la casa ó de la persona contra quien intentaren ejercitarlos; no pudiendo hacer reclamación después de dicho plazo sino se presenta documento en que conste el salario debido, según la Constitución 3.ª, tit. 1.°, lib. 7.°, vol. 1.°; y muerto el señor, el criado no puede pedir salario sin que pruebe el convenio que sobre ello hubiera mediado, pues así lo determina la Constitución 1.ª, del título citado.

Digitized by Google

GALICIA.

FOROS Y CENSOS Ó FOROS FRUMENTARIOS.

Galicia y Asturias, como en otra ocasión indicamos, sostienen sus foros, con tratos allí muy generales y que se parecen mucho al censo enfitéutico; considerándoles como verdaderos arrendamientos cuando se constituyen por tiempo limitado; y si bien es cierto que no hay derecho escrito sobre esto y que la tradición y la costumbre han sido casi exclusivamente las únicas reguladoras de tales contratos, es también indudable que algo preceptuaron la R. Provisión de 11 de Mayo de 1773, las Pragmáticas de 1803 y 1804 llevadas á la ley 24, título 15, libro 10 de la Novísima Recopilación; las leyes de 20 de Agosto y 3 de Septiembre de 1873 y R. D. de 8 de Noviembre de 1875. Nosotros creemos que debia haberse elevado á ley el Proyecto de 3 de Julio de 1886, ó cuando menos que al Código debia haberse traido lo mejor de dicho Proyecto para cortar abusos y sujetar á un régimen legal tales contratos, toda vez que la materia es de trascendencia suma é importantísimo aquel Proyecto.

Comuña.—Otra de las especialidades que se conservan en Asturias, que en relación parece estar con el artículo 1678 de nuestro Código, es el contrato llamado comuña, que se celebra á *ganancia* ó á lo que los del país denominan *armun*.

Es la comuña á ganancias, cuando una persona que cuenta con recursos bastantes le dá á otro, que es pobre, el ganado apreciado, cuyo capital ha de sacar antes de repartirse el lucro; de manera, que si muere ó padece menoscabo alguna cabeza apreciada, lo que falta para completar el capital se saca de la cria ó del aumento de valor que hayan tenido las demás cabezas apreciadas que hubiera en la comuña, antes de partir las ganancias. Si las cabezas dadas á *ganancias* perecen ó padecen menoscabo, el daño es para el dueño, quedando libre la cria para repartirla entre los dos socios.

La sociedad establecida á *armun* consiste en que un sujeto acomodado dé á otro pobre el ganado que ha comprado á su costa y se lo entregue para que éste lo cuide y pastoree, dejándole disfrutar por su trabajo los esquilmos de la leche, manteca y queso (como sucede en la comuña á ganancias). Al verificarse la entrega del ganado, se aprecia; cada año lo registra el propietario una vez; y cuando se vende, apartan el precio de tasación para el amo, y parten el exceso del precio de la venta entre los dos socios. Si las cabezas dadas á *armun* perecen ó sufren menoscabo, el daño es para el propietario, quedando libre la cria para repartirla entre los socios.

Esta *comuña* no deja de tener su parecido con la *socsida*, *socsita* ó de *bestia á ganancia*, que es la forma de sociedad establecida en Cataluña consis-

Digitized by Google

tente en un contrato por virtud del cual el dueño de un rebaño y otro individuo que se obliga á apacentarlo, se comprometen á dividir por mitad los productos de tal ganadería, sin tocar el capital; cuyo contrato se admitió también en la ley 3.ª, tit. 10, Part. 5.ª

MALLORCA.

En cuanto á Mallorca, nada especial se ve respecto de obligaciones y contratos; pues no merece la pena ocuparse de la *proclama* que se daba durante 30 días cuando se vendía una posesión rústica ó urbana, admitiendo que los que tuvieran algún derecho de censo, hipoteca, etc., etc., lo acreditasen dentro de dicho término, para que estuviesen seguros los compradores; ni que esa *proclama* hubiera de registrarse en cierto libro de la curia.

Lo más importante de sus ordenanzas es que el acreedor podía aceptar la venta ofreciendo á los acreedores su crédito sin forma de juicio.

Hallándose la cosa en poder del comprador, el vendedor es preferido á cualquier acreedor para el pago de su precio.

La venta se rescinde por vicio redhibitorio de la cosa vendida, cuya acción dura un año.

El comprador de una cosa en la curia ó en subasta, que no pagare el precio, debe ser reducido á prisión.

La venta de bienes, tanto muebles como inmuebles, hecha por la curia valga, y los compradores estén seguros *in perpetuum*.

Los dueños ó sus sucesores no deben ser oidos aunque propongan contra tales ventas restitución ó cualquier otro recurso.

Los frutos como trigo, vino, aceite, etc., etc., no pueden ser comprados antes de tiempo ó de estar nacidos: *é los contratos son nulles, é lo vendedor es tingut tornarle preu ab los intereses que es cuatro sueldos per llieures.*

En cuanto al prestamo:

Los menores acreedores deben estar á la gracia hecha al deudor por los mayores en deuda y número de personas.

Respecto de la fianza:

El fiador solo se obliga en defecto del deudor principal. *La fermansa no sia tinguda per lo principal essent aquel present é pagador.*

Relativamente á las donaciones:

Ningún Notario autorice una donación sino plenamente cerciorado de que el donante tiene propósito de hacerla.

Las donaciones pueden hacerse sin insinuación del Juez, prévia renuncia de la ley que exige este requisito.

Digitized by Google

NAVARRA.

Ni en el Fuero, ni en la Novísima Recopilación se encuentran leyes que definan la obligación, sus especies y efectos; ni mucho menos se contienen allí leyes que presentan un cuadro completo y acabado de los contratos clasificados según su naturaleza, su objeto y su fin.

Hay sin embargo, como en toda región aforada, algún derecho singularísimo, estatuido de un modo original por la costumbre, derechos efímeros é insostenibles hoy, ante la claridad y tecnicismo de las reglas generales sentadas para la contratación por nuestro Código, y que solo como recuerdo histórico pueden evocarse.

La esterilidad completa de una finca en Navarra, como en todas partes, dispensa al arrendatario del pago; y si esa esterilidad es relativa al producto ordinario, el pago no puede menos de reducirse proporcionalmente.

No se permite en aquel país los arrendamientos de inmuebles á plazos indefinidos, para evitar la posesión inmemorial, á cuyo fin dispone aquella legislación especial que se renueve todos los años. El colono no puede sembrar más que trigo, cebada, avena y comuñas ó sea mezcla de trigo con centeno, sin permiso especial del propietario, y éste debe poner la semilla, estableciéndose reglas concretas para los casos en que el labrador no recibiera dichas simientes ó el señor no las diere. Si el labrador tuviera viñas, como aparcero debe podarlas y cabarlas cuando menos, pues si así no lo hiciere corresponderá el mosto al propietario, y solo la primera aguadura ó piqueta al labrador, distribuyéndose las demás por mitad entre el aparcero y el dueño.

Los arriendos en Navarra se entienden celebrados de San Juan á San Juan.

En cuanto al arrendamiento de obras y servicios á que se refiere el art. 1583 de nuestro Código, Navarra tiene su legislación propia, puesto que sus leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, tít. 13, lib. 14 del Fuero se ocupan con bastante extensión de las obligaciones recíprocas de amos y criados; previniendo entre otras cosas que cuando se pacta un servicio por tiempo determinado, ni el criado puede abandonarlo ni el amo debe dejar al criado; pero si éste abandona el servicio, al fiador si lo tiene, tócale compelerle, ó servir en su lugar, ó poner otro sirviente; y sino tuviera fiador, no percibirá salario y abonará al amo lo gastado en comer, beber y vestir. Cuando el amo es quien despide al criado deberá pagarle el salario íntegro. El criado que se casa y deja el servicio, no incurre en responsabilidad desde el día en que se celebran las bodas, y tiene derecho á que el amo le abone su salario á prorrata por el tiempo que hubiere servido.

Respecto de las obras por ajuste ó precio alzado de que se ocupa el artículo 1588 y siguientes de nuestro Código, hemos de significar que en Navarra,

Digitized by Google

si los que se encargan de la obra no son maestros están sujetos al tanteo de cualquiera que lo sea.

De Navarra es tomado el precepto del art. 1616 de nuestro Código, pues en la ley 22, tit. 4.°, lib. 3.° de la Novisima Recopilación de aquel antiguo Reino se prescribe que el censualista al dar recibo del pago de cualquier pensión podia exigir del censatario que le diese un resguardo del mismo pago, lo cual se hacia para evitar que el deudor ocultando los recibos alegara la prescripción.

Prescripciones varias se dieron en aquel pais con relación á los derechos de tanteo ó fadiga, laudemio y comiso; pues si bien siempre se reconoció que para que el enfitéuta preste los mencionados derechos, es indispensable se pacten clara y nominalmente; y si bien todos reconocen que el tanteo es personalisimo, en cuanto al comiso, el cap. 3.°, tit. 9.° del libro 3.° del Fuero de Navarra, determinó que incurriria en él todo enfiteuta que dejase transcurrir dos años sin el pago de la pensión; mientras la ley 2.ª, tit. 4.°, lib. 3.° de la Novisima Recopilación de aquel Reino derogó aquellas disposiciones, declarando que si se impusiera el comiso en los censos al quitar, al constituirlos bajo escritura, solo produciria efecto para cobrar el principal los réditos atrasados y las costas.

La *fadiga* ó derecho de tanteo es tambien conocido en Navarra como en Aragón y Cataluña, si bien no procede ejercitarle más que cuando se pactó, rigiendo sobre esto en Navarra el derecho foral; y habiéndose llegado á abusar de tal modo en Cataluña que se vendia ó se cedia ese derecho á un estraño; sin que sean incompatibles el tanteo y el retracto, en lo que está conforme la legislación común con las forales.

El Fuero de Navarra en su ley 21, tit. 9.°, lib. 3.°, tiene cierta relación con el art. 1647 de nuestro Código, puesto que dispone, que si el enfiteuta no paga el canon en el plazo señalado, el señor del dominio directo tiene derecho á apoderarse en prenda de las caballerias y á cerrar ó derribar las puertas de la casa acensada. Estos son los medios, energicos en demasia, para obligar al pago, pero el comiso no procede sino cuando han pasado dos años sin pagar el censo, según la ley 22 del libro y titulo que acabamos de citar.

En cuanto al censo consignativo de que se ocupa el art. 1657 de nuestro Código, podemos asegurar que Navarra aceptó el *Motu propio* de Pio V (rechazado por la legislación aragonesa), y que se consigna en la ley 6.ª, tit. 4.°, lib. 3.° de la Novisima Recopilación Navarra, previniendo que no se funde censo alguno al quitar, sino media realmente dinero contado, sin que se admita ficción alguna, declarando nulo todo censo constituido en otra forma.

Respecto del censo reservativo se ven varias disposiciones en las leyes 21 y 22, cap. 1.° y 4.°, tit. 9.°, lib. 3.° del Fuero de Navarra, pero son tan deficientes que se acudia al derecho común para el ejercicio de las acciones que del

Digitized by Google

mismo nacen, y por ello creemos que sin esfuerzo alguno ha de admitirse en aquel territorio cuanto prescribe el artículo 1661 y demás concordantes de nuestro Código Civil.

En cuanto al contrato de Sociedad nada se sostiene en la legislación especial de Navarra, como se prescindió en el derecho propio de Vizcaya y Cataluña, por más que la legislación romana fué la que imperó en esta región catalana, si bien las demás provincias forales se atemperaron al derecho común que en nada ha venido diferenciándose de las prescripciones del romano.

Respecto del mandato, en Navarra se observaron las prescripciones del derecho romano y las de la legislación general.

En cuanto al comodato, las leyes del tit. 7.°, lib. 3.° de la Nov. Recop. de Navarra son las que han regido en aquel país, y con ellas concuerda el art. 1741 de nuestro Código Civil.

Comienda se llama el depósito en Navarra; y según las leyes del tit. 18, lib. 3.° de la Nov. Recop. de aquel antiguo reino, no podrá el depositario oponer la compensación ó retención cuando le reclaman el depósito, ni tampoco hacerse por nadie prenda de la cosa depositada; pero como el derecho propio ú originario de aquel país era tan deficiente en esto, el derecho romano venía á regir como supletorio, salvo la especialidad expuesta.

Acerca de los contratos aleatorios, Navarra (como Aragón), siguió los preceptos del derecho común y mercantil, por consiguiente, nadie ha de poner en duda que el tít. 12 del libro 4.° de este Código ha de regir y rige desde luego en aquel país.

De la *fianza* tratan las disposiciones del tít. 17, lib. 3.° del Fuero de Navarra, existiendo, según aquéllas, los fiadores de *rendida*, cuando el acreedor había embargado una bestia al deudor y el fiador se comprometía á que se le pagase la deuda en un plazo determinado ó en su defecto devolverle la bestia; de cognoscido, manifiesto ó abonamiento, que era la fianza que daban al acreedor que, después de haber tomado prendas del deudor, era pagado, para responder al reconocimiento de los daños causados por él en dichas prendas; de *negado*, y fianza *suelta*, que era la que prestaba el acreedor al fiador que se le constituía y no quería admitir; de crédito la que, para no ser desposeído, daba el poseedor de una finca; *censales* las que se constituían en los censos; cuya laberíntica división ha venido á caer por tierra ante los claros, sencillos y técnicos preceptos de nuestro Código.

En Navarra la mujer no puede ser fiadora, pero si los labradores á los que prohibían serlo las Partidas, si bien no podrán ser embargados sus bueyes, mulas ni otras bestias de arar, ni sus aperos de labranza, ni sus sembrados ni barbechos, ni dos de sus yeguas con sus crías; mientras que en Cataluña impera generalmente el derecho romano, que en esto es igual común, si bien donde disfrutan del privilegio *Recognoverum proceres*, las mujeres pueden ser fiado-

Digitized by Google

doras de sus maridos en los contratos de depósito y mútuo, sin que tengan obligación de pagar hasta que el marido carezca de bienes.

En cuanto al beneficio de excusión de que se ocupa el art. 1832 de nuestro Código, no cabe duda que era igualmente aceptado en Navarra porque el derecho romano también lo establecia.

Respecto á los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador, la legislación navarra concuerda con los preceptos del Código, como en cuanto á la extinción de la fianza; y con relación á la prenda es tan deficiente en sus preceptos el Fuero de aquel país, que á la legislación común tiene que acudir en la mayor parte de los casos, porque no siempre les era conveniente la aplicación del derecho romano.

El pacto comisorio lo prohiben todas las legislaciones forales, porque creen usurario el que no pagando el deudor dentro del plazo estipulado, se quede el acreedor con la cosa empeñada en pago de su crédito.

En los cuasicontratos, Navarra se atempera á la legislación común, como la observan y no pueden menos de observarla en la mayor parte de las cuestiones jurídicas que allí se debaten, porque su derecho originario es muy deficiente y porque siendo supletorio el romano derecho, como éste es casi siempre la raiz y fundamento de nuestra legislación general y ésta se halla descartada de lo anticuado de aquella que no podia sostenerse en uso, la conveniencia y la justicia los ha llevado al derecho común.

Escasea la legislación de aquel país en preceptos hoy aplicables en la práctica.

La prescripción en Navarra, requiere el transcurso de 20 años entre presentes, y 30 entre ausentes, mediando justo título y buena fe; los bienes no vinculados prescriben á los 40 años, sin necesidad de justo título; y los bienes amayorazgados se someten á la legislación común. Ley 8.ª, tit. 37, lib. 9.º de la Novísima Recopilación de Navarra.

Los Abogados, Procuradores y Notarios, están sujetos en Navarra á la prescripción de sus honorarios por el transcurso de tres años, conforme á las leyes 10.ª, tit. 9.º, y 4.ª, tit. 16, lib. 2.º de la Novísima Recopilación. Pero de todos modos no debe olvidarse que, apesar de su deficiencia, Navarra tiene alguna disposición especial, como la del cap. 1.º, tit. 5.º, lib. 2.º de su Fuero, que concuerda perfectamente con el art. 1914 de nuestro Código, en cuanto á que la posesión se interrumpe natural ó civilmente para los efectos de la prescripción.

Y si bien es cierto que en aquellas como en todas las regiones aforadas, se observa por impresión y sentimiento una adoración á sus antiguos Fueros, razonablemente pensando, lo poco que de aquellos no quedó ya en desuso, resulta un anacronismo, cuando no un entorpecimiento para las exigencias de la vida moderna.

Digitized by Google

VIZCAYA.

Si recorremos la originaria legislación de Vizcaya, veremos que para las obligaciones y los contratos se han observado generalmente las prescripciones del derecho común con anterioridad á la promulgación de nuestro Código, y que solo ofrecian alguna especialidad las leyes del tit. XVII de su Fuero sobre las *vendidas*, en cuyas disposiciones más bien se ocupan del desenvolvimiento del retracto, que de establecer las condiciones del contrato de venta, por cuanto en aquel país la propiedad siendo troncal tiene un carácter familiar.

Los troques ó cambios, que son tratados en el tit. XVIII de aquel Fuero; el mantenimiento de las herrerías, legislado en su tit. XXVIII; y el tit. XXXIII, que tratan de la *Vituallas que llegan al Condado*, son las notas más salientes y especiales que en aquel Fuero podian encontrarse en disparidad de la común legislación; como algo también sobre el mandato, del que se ocuparon las leyes 7.ª á la 9.ª del tit. VI de aquel Fuero, pero esto va cayendo en desuso, y en lo demás atemperáronse á las prescripciones del derecho común, que en general les era más conveniente.

El precepto del art. 1858 de nuestro Código, parece tomado de la ley 3.ª, título 19 del Fuero de Vizcaya, donde se faculta al acreedor para vender la prenda si el deudor no paga, previo requerimiento de éste y licencia judicial, efectuándose la venta en pública subasta; ó del Fuero de Aragón, donde el acreedor puede acudir al Juez para que se venda la cosa dentro de diez dias si es mueble, y pasados treinta dias si es inmueble ó raiz, aunque pueda el deudor redimir dichas cosas dentro de los expresados términos.

Las donaciones fueron también objeto de disposiciones especiales de aquel Fuero, en las leyes 12 de su tit. 20; 9.ª de su tit. 17; y 22 de su tit. 34.

De todo lo expuesto, se deduce que la legislación foral, especialmente en la contratación, es hoy insostenible, perjudica más que beneficia á los aforados, y la parte que no cayó en desuso por su propia inutilidad é inaplicación en la época presente, fué derogada por leyes sustantivas, tan trascedentales como la Hipotecaria, el Código de Comercio, la del Notariado y otras, que vinieron á dar nueva vida al derecho civil y á la propiedad, y aun por algunas leyes adjetivas. Debiendo confesar si, que si en los tiempos para que se dieron aquellas disposiciones forales, hicieron un gran bien á los países en que rigieron, satisfaciendo la ley de la necesidad, hoy que las necesidades de nuestra época son muy distintas; hoy que la libertad de la propiedad ensancha sus antes estrechísimos límites; al presente que la circulación de la riqueza y desenvolvimiento en las relaciones sociales y comerciales es universal; en esta época en que el funcionalismo de esta Nación es muy distinto del antiguo funcionalismo, y en que la constitución social es tan distinta, no podemos abandonar las

Digitized by Google

generales corrientes en la esfera del derecho, para revivir lo que por la constante evolución de las costumbres se hizo viejo, caduco, pereciendo ante la luz deslumbradora de la civilización.

DISPOSICIÓN FINAL.

Art. 1976. Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil comun en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposicion no es aplicable á las leyes que en este Código se declaran subsistentes.

Disposición es esta, que realmente viene á cerrar los preceptos del Código, declarando derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil llamado de Castilla, ó sea el común en todas las materias que del mismo Código son objeto, dejando sin efecto ni fuerza los referidos cuerpos legales, usos y costumbres, porque hasta aqui se regulaban las relaciones jurídicas creadas entre particulares.

Perfectamente claros son el sentido y alcance de la disposición final que nos ocupa; pues aun cuando, al expresar en su última parte que dicha disposición derogatoria de los anteriores cuerpos legales, usos y costumbres, no es aplicable á las leyes que en este Código se declaran subsistentes, parece se declaran en vigor dichas leyes en su totalidad, compréndese bien que no ha de conceptuárselas en vigor sino con las limitaciones y modificaciones consignadas en este cuerpo legal.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 1992, proponia un precepto más radical; pues según él, debian quedar derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores á la promulgación del Código, en todas las materias que fuesen objeto del mismo; y que no tendrian fuerza de ley aunque no fueren contrarias á las disposiciones de dicho Código; pero sin duda tal derogación de leyes por las que hasta entonces se habian regulado las relaciones civiles de los individuos de las provincias aforadas, fué la causa principal de que aquel Proyecto no llegara á convertirse en ley positiva; asi es que, á la redacción del otro Proyecto de Código de 1882, precedieron varios congresos de jurisconsultos regionales, que discutieron ampliamente sobre este particular, dando por resultado que se llegase á comprender la repugnancia con que habia de aceptarse un Código que de raiz arrancase las costumbres seculares bajo las cuales habian vivido y logrado su desenvolvimiento los pueblos aforados; razón por la

Digitized by Google

cual indudablemente debió darse esta disposición final, que estrechamente relacionada con la base 27 de la ley de 11 de Mayo de 1888, se limita á derogar todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen la legislación común puramente civil, respetando los derechos adquiridos por los paises aforados. Pero en nuestro concepto, ni la base antes citada, ni los preceptos de esta disposición final son bastantes para cumplimentar y dar claridad acerca de la parte legislativa que considerarse debe derogada por este artículo, pues para fijar y determinar bien el alcance de tal derogación, se hace indispensable un minucioso estudio comparativo de las antiguas leyes y de los preceptos de este Código.

Por esto, teniendo presente lo prevenido en los arts. 12 al 14 de este mismo Código, y la prelación de los Códigos ó disposiciones legales que hasta la promulgación del que nos ocupa estuvieron vigentes en nuestra patria, y la dicha prelación de las diversas leyes que constituyen las legislaciones forales, podrá facilitarse la inteligencia de esta disposición final, sin llevar la derogación de ciertas disposiciones más allá de donde debe ir, ni conservar en vigor leyes que no están dentro del número de las declaradas subsistentes en este Código.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efectro retroactivo.

Para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no están expresamente determinados en el Código, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido, de igual orígen.

2.ª Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las

Digitized by Google

memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación ó modificación de estos actos ó de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.

3.ª Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil ó privación de derechos actos ú omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión ó ejecutado el acto prohibido por el Código.

Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición mas benigna.

4.ª Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extension y en los términos que les reconociera la legislacion precedente; pero sujetándose, en cuanto á su ejercicio, duracion y procedimientos para hacerlos valer, á lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho ó de la accion se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos ó por otros.

5.ª Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitres años al empezar á regir el Código; pero si continuaren viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administracion y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad segun la legislación anterior.

6.ª El padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algun derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo á legislacion anterior.

7.ª Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas, ni ser obligados á constituirlas

Digitized by Google

si no las hubieran prestado, ni á completarlas si resultaren insuficientes las prestadas.

8.ª Los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción á ella, conservarán su cargo, pero sometiéndose, en cuanto á su ejercicio, á las disposiciones del Código.

Esta regla es también aplicable á los poseedores y á los administradores interinos de bienes ajenos, en los casos en que la ley los establece.

9.ª Las tutelas y curatelas, cuya constitución definitiva esté pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar á regir el Código, se constituirán con arreglo á la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla que precede.

10.ª Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los consejos de familia sino respecto á los menores cuya tutela no estuviere aún definitivamente constituída al empezar á regir el Código. Cuando el tutor ó curador hubiere comenzado ya á ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del consejo hasta que lo solicite alguna de las personas que deban formar parte de él, ó el mismo tutor ó curador existente; y entretanto quedará en suspenso el nombramiento del protutor.

11.ª Los espedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de la ley pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales, seguirán su curso con arreglo á la legislación anterior, á menos que los padres ó solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código.

12.ª Los derechos á la herencia del que hubiese fallecido, con testamento ó sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislacion anterior. La herencia de los fallecidos después, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código.

Digitized by Google

13.ª Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.

Consigna nuestro Código varias disposiciones transitorias de gran utilidad para determinar el valor de los hechos y relaciones jurídicas que tuvieron lugar en época anterior al declararse en vigor este Código y relativamente á los expedientes no ultimados á su promulgación. Mas es de notar que entre la primera edición de este Código, y la 2.ª hoy vigente que al presente nos ocupa, hay grandes diferencias, sobre todo en este particular, pues concretándose en la edición anterior á consignar, (en el 2.º apartado de la disposición final, ó sea del art. 1976), que las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo, no da disposición alguna transitoria, y consigna tres artículos adicionales que no son suficientes para la resolución de las dudas que ofrecerse suelen en ocasión de implantarse nuevos Códigos en un país.

Las disposiciones transitorias, en cambio, de esta segunda edición, después de empezar previniendo que las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo, vienen á fijar 13 reglas, en las que se marcan la marcha que ha de seguirse para evitar litigios por efecto de la falta de armonía que pueda existir entre las disposiciones del antiguo derecho y las contenidas en este Código; reglas transitorias en las que se preven casi todos los casos que puedan ocurrir en la práctica con motivo de la discrepancia que entre uno y otro derecho hubiere, y que han de resolver indudablemente coordinando los principios de retroactividad y los de imposición de las leyes bajo cuyo amparo tuvieron lugar los acontecimientos que son objeto de las contiendas judiciales y salvando los intereses de todos sin menosprecio del extricto derecho, bajo el suave bálsamo de la equidad.

Es la regla primera la que preceptúa que se rijan por la legislación anterior al Código, los derechos nacidos según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca; pues bien, esta regla es tan de sinderesis que no se comprende haya quien la contradiga, porque, á la verdad, si á los que contratan ó crean por su expontánea voluntad una relación jurídica bajo los auspicios y el amparo de una disposición legal, se les dijese que dicha relación de derecho había de ser regida por distintas disposiciones de aquéllas cuyo apoyo buscaban los contratantes, ó no contratarían, ó impondrían el veto de su libérrima libertad para prohibir que aquellos actos ejecutados con sumisión tácita ó expresa á la ley vigente en el momento histórico en que tales hechos nacieron, en que tales vínculos de derecho se crearon, aun sin conocer la teoría de la no retroactividad de las leyes. La co-

Digitized by Google

misión de Códigos expuso sabiamente los medios que pudieran emplearse para evitar falsas interpretaciones respecto á la aplicación del principio de no retroactividad de la ley, siendo el mejor el por el Código adoptado, pues sin caer en el casuismo tan peligroso en estos casos, expuso principios de fácil inteligencia que conformes están con la razón, con la equidad, y con la lógica del buen sentido.

Esta 1.ª regla ó disposición transitoria, de cuya primera parte nos hemos ocupado, no puede ser de más facil comprensión, porque si el *ser* nace bajo una atmósfera y se desenvuelve bajo los elementos existentes al venir al mundo, no va á suprimirse lo que fué, no van á borrarse los hechos consumados, ni á suplirse las leyes á cuya sombra se crearon, por otras desconocidas en aquella época.

Más si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código; si un hecho no tuviese legislación determinada en nuestra patria entre las antiguas leyes, debe ser regulado por el Código; pues beneficioso es para el caminante que marcha sin derrotero fijo encontrar un punto de mira que le sirva de guía en lo sucesivo, y esa guia es el nuevo derecho, bajo cuyo manto se cobijan los anteriores hechos sobre los que no se habia legislado hasta hoy; porque siendo verdad inconcusa que todo derecho nace de un hecho voluntario ó independiente de la voluntad humana, se darán casos en que han tenido lugar actos varios no legislados y á los que este Código alcanza en sus preceptos, mientras no perjudique á otro derecho adquirido de idéntico origen.

Sobre esto de los derechos adquiridos debe procederse con gran cautela, porque no lo son todos los que á primera vista lo parecen. Es preciso que se sepa diferenciar los verdaderamente adquiridos de los que solamente constituyen una esperanza; los herederos legítimos y los instituidos, como los legatarios, no tienen verdaderos derechos adquiridos hasta la muerte de las personas á quienes han de heredar, porque la existencia de ese derecho que en lo futuro podrán ó no disfrutar, depende de la eventualidad de su propia muerte, de las vicisitudes de la fortuna ó de la libre y variable voluntad de los testadores. Es necesario que el derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior, se halle en ejercicio para que merezca respeto, como dice perfectamente la Comisión, pues si existia legítimamente bajo las disposiciones que la ampararon en su origen, si su ejercicio dependia tan solo de la voluntad del que lo poseia, tan adquirido era ese derecho como el que haya producido ó estuviese produciendo su efecto cuando el Código se promulgó. Así es que aun cuando este Código priva de la patria potestad á las madres viudas que se vuelvan á casar, las que antes de estar en vigor tal precepto contrayesen segundo matrimonio, continuarán en el ejercicio de dicha potestad, y por la misma razón los incapacitados para heredar absoluta ó relativamente lo serán según la época de la muerte del testador ó causante de la herencia, y con arreglo á la ley que estuviese vigente en dicha época.

Digitized by Google

La 2.ª disposición transitoria resuelve perfectamente varias dificultades que se encuentran para la aplicación de los arts. 142 al 153, 177, 476, 515, 539, 596, 634 y sus concordantes; 662, 669 y 670; 737 y 738 de este Código; determinando con el mejor acuerdo que los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que según ella fuesen válidos, deben serlo también despues de la publicación del Código, aunque en su ejecución se sujeten á lo establecido en estas disposiciones transitorias. Por ella pues, serán válidos los testamentos otorgados anteriormente, sean ó no mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubieran otorgado ó escrito antes de regir el Código, así como las cláusulas llamadas *ad cautelam*, los *fideicomisos*, para aplicar los bienes según instrucciones reservadas y cualquier otra disposición ó cualquier acto válido ó permitido por la precedente legislación; pero no podrá hacerse modificación ni alteración alguna en ellos después de regir el Código, porque lo que pudo hacerse legítimamente bajo el régimen anterior, no es lícito efectuarlo ni repetirlo bajo el régimen de otra ley. No podrá tampoco alterarse el estado legal en que se hallen los que por pacto anterior á la promulgación del Código, den ó reciban alimentos, ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho á heredar abintestato al padre adoptante, aunque este Código no reconozca este derecho á los adoptados después, etc., etc.

La 3.ª de las disposiciones transitorias sienta un principio inconcuso, que en derecho penal domina también, de que la ley no tiene efecto retroactivo mas que en aquello que pueda ser favorable al reo: por tal razón se previene aquí que no sean aplicables á las omisiones ni á los actos anteriores, las prescripciones que de este Código sancionan con penalidad civil ó privación de derechos determinados; de manera que la penalidad civil establecida en el art. 50, no alcanza al casado antes de regir el Código, sin licencia ni consejo paterno. Y cuando la falta esté castigada en la anterior legislación y en la vigente, se aplicará la pena más benigna á la que se perpetró con anterioridad al nuevo régimen.

Respecto de la 4.ª de las disposiciones transitorias, está íntimamente relacionada con la primera, y al tratar de ésta hemos dicho ya que tan justo es respetar los derechos adquiridos no ejercitados, como los que se están ejercitando ó se hubieran ejercitado ya al empezar á regir este Código; y como el ejercicio del derecho ha de regularse por las leyes de procedimiento, y estas leyes adjetivas pueden tener efecto retroactivo; de aquí el que según la regla cuarta que nos ocupa, los derechos adquiridos y no ejercitados todavía cuando el Código empezó á regir, deberán hacerse efectivos por los procedimientos en el mismo establecidos, y sólo cuando éstos se hallen pendientes en dicha época podrán optar los interesados por el antiguo ó por el nuevo procedimiento.

Digitized by Google

La 5.ª regla de las disposiciones transitorias, armoniza el nuevo con el antiguo derecho estableciendo en primer lugar la emancipación de los hijos que al empezar á regir este Código hubiesen cumplido veintitres años, nuevo término señalado á la menor edad ante la legislación general; pero guardando un profundo respecto al antiguo derecho, y á pesar de considerarles fuera de la potestad á los jóvenes de esa edad, cuando éstos continúan viviendo en la casa paterna y á espensas de sus padres, éstos pueden conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que están disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que, según la legislación anterior, los hijos deberian salir de la patria potestad. De manera, que el principio de la emancipación por la edad á los 23 años, se sienta como regla general del derecho moderno, pero á los que se encuentran en disposición de utilizar tal derecho les deja en libertad de continuar sujetos á la ley anterior, entiéndase bien, á los que al regir el Código tuviesen 23 años cumplidos y no hubieran llegado á los 25 años. Esta regla, pues, resuelve perfectamente las dificultades que pudieran surgir de la aplicación del art. 320 con relación á los arts. 159, 160 y demás concordantes; y por si esto fuese poco, tenemos además la Real órden de 5 de Agosto de 1889 (*Gaceta* de 6 Agosto 89), en la que se declara, complementando el art. 320 de nuestro Código, que la edad de 23 años solo se refiere á los efectos civiles, no al ejercicio de los derechos politicos, para los que se requiere la edad de 25 años.

En este pais, Cataluña, la mayor edad con arreglo á su legislación especial no llega hasta los 25 años; y en Aragón son mayores de edad para los efectos del Fuero á los 20 años; pero en lo relativo al matrimonio civil y al consentimiento y consejo que ha de precederle, rige en todas sus partes el Código, porque obligatorio es á todo español el tit. 4.º del lib. 1.º, según el articulo 12 del mismo; y porque habiendo venido á sustituir una ley de carácter general, obligatoria á todos, cual es la llamada de disenso paterno, y á la de Matrimonio civil, obligaria á todos los españoles, como obligaron aquéllas, aunque no estuviese comprendida en el indicado tit. 4.º

La regla 6.ª de las transitorias viene también á resolver grandes problemas y á llenar un vacio, pues cuando los derechos del padre proceden de un acto suyo, legitimo y voluntario, otorgado con condiciones recíprocas, bajo el antiguo régimen jurídico es justo se mantengan y respeten sin limitaciones; por esto el padre que voluntariamente hubiere emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo deberia salir de la patria potestad según la anterior legislación.

Viene la 7.ª regla de las transitorias á preparar la buena interpretación del Código, evitando los pleitos que hubieran podido nacer de la torcida aplicación del art 260 y sus concordantes de este Código, pues la exención de afian-

Digitized by Google

zar la tutela de que trata dicho art. 260, ni las de los arts. 1833 y 1834 de la ley de Enjuiciamiento civil no pueden alterar las reglas antiguas y las disposiciones particulares bajo cuyo amparo se hayan constituido ciertas tutelas con fianza, ni han de echar por tierra las limitaciones comprendidas en el art. 1835 de la citada ley de enjuiciar, utilizada ya antes de regir este Código. Fundándose algunos en que es regla indiscutible de hermenéutica jurídica que las leyes deben interpretarse en el sentido más favorable á las partes, y en que el Código exime del afianzamiento á los parientes del menor ó incapacitado comprendidos en el núm. 1.° de dicho art. 260, podrá creerse que estaban ya exentos esos parientes desde 1.° de Mayo de 1889, hasta de las fianzas prestadas anteriormente, y que debieron haberlas retirado desde el 2 del mismo Mayo; pero nada más lejos de la verdad y de la lógica, porque sobre esas consideraciones atendibles, está la verdad histórica de los hechos consumados, y el Código, consecuente con los principios sentados y respetando lo que nadie puede deshacer, lo pasado, corta de una vez abusos, dejando las cosas como están, si bien nacidos fueron á la sombra de las leyes vigentes en la época de su comisión, y respeta las tutelas y curatelas ya constituidas con todas sus consecuencias, no facultando para retirar la fianza ya prestada, y no obligando tampoco á constituir las que no se prestaron, y á completar las que con arreglo á la antigua ley eran insuficientes.

Evidente es que la 8.ª regla de las transitorias mantiene en su cargo á los tutores y curadores nombrados antes de regir el Código, y á los poseedores y administradores interinos de bienes y ausentes, pero sometiéndolos, en cuanto á su ejercicio, á la nueva legislación; y hasta las excusas que ahora presentan los tutores se regirán por el cap. 7.° del tít. 9.°, lib. 1.°, arts. (244 al 251 de este mismo Código), aun cuando su nombramiento hubiera sido anterior á su promulgación, porque, según esta transitoria disposición, se someten en su ejercicio á las disposiciones del Código, y porque las escusas que se piden dentro del tiempo en que rige una ley, á ésta deben atemperarse como asunto nuevo, aunque consecuencia de anterior nombramiento sea; por cuyas mismas razones las disposiciones del tít. 8.° del expresado libro acerca de las medidas preventivas ó provisionales en casos de ausencia, de la administración de los bienes de esos ausentes, como el cap. 9.° del tít. 9.°, han de aplicarse necesariamente hoy aun á los casos que se derivan de nombramientos anteriores, puesto que se refieren al ejercicio de sus cargos.

La regla 9.ª de las transitorias relacionada estrechamente con la 2.ª, manda constituir bajo el régimen anterior, las tutelas y curatelas, cuya constitución definitiva estuviese pendiente de resolución de Tribunales al empezar á regir el Código, pero teniendo en cuenta los preceptos de la regla 8.ª, es decir, que los curadores tomarán desde luego el nombre de tutores, y se someterán en el ejercicio de su cargo á lo que previene este Código.

Digitized by Google

Llegamos á la regla 10 de las transitorias, que viene á desvanecer las muchas dudas que hubieran surgido de la aplicación del precepto contenido en el núm. 2 del art. 236 de éste Código, con relación al 233 del mismo, acerca de si los protutores pueden sustituir inmediatamente á los curadores *ad littem*, pues esta regla supletoria nos enseña de modo bien claro, que en estos casos, cuando la tutela ó curatela estuviesen definitivamente constituidas á la promulgación del Código, no se procederá de oficio por los Jueces y Fiscales Municipales al nombramiento de los consejos de familia; y cuando el tutor ó el curador hubiese comenzado ya á ejercer su cargo, no procederán tampoco al nombramiento de dicho consejo de familia, hasta que lo solicite alguna persona que deba formar parte de él, ó el mismo tutor ó curador existente; quedando mientras tanto en suspenso el nombramiento de protutor. De manera, que aquí se distingue perfectamente el caso en que estaba ya constituida la tutela ó curatela al empezar á regir el Código, del en que no lo estaba definitivamente constituida; en éste rige el nuevo derecho desde luego, y de oficio se hacen por el Juez los nombramientos del consejo de familia; y en el primer caso, ó sea el de la regla que nos ocupa, queda en suspenso todo nuevo procedimiento sobre el particular hasta que los interesados lo solicitan.

Salva la regla 11 de las transitorias graves conflictos, pues en la práctica hoy mismo se ofrecen dudas á los que no han leido con detenimiento esta disposición, lo cual explica claramente el valor que alcanza el nuevo derecho, y deja á los particulares que tenian, pendientes de resolución, expedientes de adopción, emancipación voluntaria, dispensa de ley para que continúen su curso conforme á la legislación antigua, ó desistan de aquel procedimiento y sigan el establecido en este Código en sus arts. 173 al 181, y muy principalmente para la adopción; art. 314 al 319 para la emancipación; y 322 al 324 para las dispensas de ley.

La regla 12 de las transitorias, ha venido á salvar las dificultades que necesariamente habia de presentar la aplicación de ciertos preceptos, pero lo hace de una manera algún tanto artificiosa y escepcional, por cuanto después de prescribir que los derechos á la herencia de los fallecidos con testamento ó sin él antes de estar en vigor este Código, se regirán por la anterior legislación, y que la de los fallecidos después, se reparta y adjudique con arreglo á lo dispuesto en este Código; viene á prevenir que se cumplan, en cuanto este mismo Código lo permita, las disposiciones testamentarias, y que se respeten las legítimas, las mejoras y los legados, aun cuando se tenga que reducir su cuantía, si de otro modo no pudiera darse á cada uno de los partícipes en la herencia, lo que según este Código le corresponda. Esto es muy difícil, por más que se vea un gran deseo de armonizar con ésta la antigua legislación, si se atiende á que antes no se reconocia la legítima de los cónyuges ni á los hijos naturales, como hoy, ni se permitia por derecho común al padre disponer libremente de una

Digitized by Google

tercera parte del haber familiar, y de otra tercera para mejoras entre los hijos; y si se tiene en cuenta que quien hizo válido testamento ante el derecho antiguo, no pudo disponer más que del quinto, teniendo hijos, ni mejorar á éstos mas que en el tercio de sus bienes, no dejarán de encontrarse entorpecimientos en la práctica, sino se medita mucho acerca de las operaciones que han de efectuarse; y solo bajo la base de dejar una tercera parte de caudal intácta para distribuirla entre los herederos forzosos, podrá llenarse el fin conciliatorio que en esta disposición transitoria se vislumbra.

Bajo esa base, teniendo presente el art. 806, que determina lo que es legítima; no olvidando el art. 807, en que se consigna quienes son herederos forzosos; recordando siempre el art. 808, en el que se expone á cuanto asciende la legítima de los hijos y descendientes legítimos; el art. 809, en el que se preceptúa á cuanto alcanza la legítima de los padres y ascendientes legítimos; el 815, donde se prescribe uno de los más importantes derechos de todo heredero forzoso, el de pedir el complemento de legítima, cuando se le hubiera dado mermada; el 817, en el que se manda reducir en lo que fueran inoficiosas ó excesivas las disposiciones testamentarias que menguan la legítima de los herederos forzosos; el art. 818, en que se prescribe á lo que ha de atenerse para fijar la legítima; el art. 835, donde se ordena que la porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo se saque de la tercera parte destinada á la mejora de los hijos, y demás preceptos concordantes, esta regla transitoria podrá dar buenos resultados, pero si sobre tener presente todo esto, no se procede con el más delicado tacto á la reducción, tan delicada operación, mal practicada, será origen de ruinosos pleitos.

La regla 13, última de las transitorias, es aplicable á todo, es sujetar á los Tribunales á los principios que sirven de base á las anteriores reglas, para que bajo su fundamento, se les dé una aplicación análoga á los demás casos que se les presenten. Y en este caso se encuentran los contratos y demás actos jurídicos que nacieron y se desarrollaron desde el 1.º Mayo de 1889, en que empezó á regir la 1.ª edición de este Código, hasta el 26 Julio del mismo año 1889 en que quedó en vigor, sustituyendo á la anterior, esta segunda edición, para cuyo caso son aplicables las reglas 1.ª, 2.ª, 4.ª y 9.ª de las transitorias que acabamos de estudiar, en lo que sustancialmente aquélla hubiese sido por ésta enmendada ó adicionada, no en las simples erratas de imprenta, ni en las correcciones de estilo, porque esto no altera la esencia de la ley.

DISPOSICIONES ADICIONALES.

1.ª El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose á los nego-

Digitized by Google

cios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos ú omisiones del Código que han dado ocasión á las dudas del Tribunal.

2.ª El Ministro de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año á la Comisión general de Codificación.

3.ª En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificacion formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.

En estas tres adicionales disposiciones se prevé la necesidad de reforma que á toda ley el transcurso del tiempo impone, mucho más cuando es nueva, y al implantarla se encuentran entorpecimientos hijos de la costumbre, y se lucha contra elementos que no quieren comprender el espíritu de las leyes, ni el movimiento evolucionista que se opera en todo constantemente, lo mismo en la naturaleza, que en la ciencia de la filosofía y la del derecho. El legislador, conociendo perfectamente esa necesidad y ese movimiento perenne, ordena que los Presidentes del más elevado de los Tribunales de nuestra patria, y de las Audiencias territoriales eleven al Ministerio de Gracia y Justicia al fin de cada año una Memoria, en la que, refiriéndose á los negocios de que han entendido durante el mismo las respectivas Salas de lo civil, señalen las dudas, deficiencias que hayan encontrado en el Código, detallando detenidamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidas, y los artículos ú omisiones del Código, que han dado lugar á las dudas del Tribunal.

Eso mismo es lo que nosotros deseamos hacer particularmente, en el terreno de la prensa, sostener continuada discusión acerca de las dudas y deficiencias que el Código en la práctica pueda ofrecer, proponer los medios de resolver esas dudas y suplir esas deficiencias, dar nuestro humilde parecer sobre lo que falta y sobre lo que inevitablemente ha de corregirse en nuestro Código, que aunque obra es de alto vuelo y de importancia suma, no por eso carece de defectos como todas las humanas obras.

En la 2.ª disposición adicional se previene que el Ministro de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año á la Comisión general de Codificación. Y en la 3.ª, que: en vista de tales

Digitized by Google

datos, de los adelantos realizados en otros países, utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años, las reformas que convenga introducir. Todo esto es de gran utilidad y ha de producir excelentes resultados; pero nosotros hemos visto, que no es solo lo que en las altas esferas se nota lo que digno se hace de enmienda, sino lo que por circunstancias especiales no sale de la esfera de acción de los Juzgados Municipales y los de 1.ª Instancia, donde se notan pequeños defectos en la apariencia, porque parecen pequeños los funcionarios que se ven entorpecidos constantemente en su incesante y penada tarea, pero luchan á veces con lo imposible por salvar situaciones difíciles que solo conoce el que ha servido asidua y fielmente todos los espinosos cargos de nuestra carrera. Por esto, nosotros desearíamos que en el trabajo de apéndices á los comentarios á este Código cuya publicación proyectamos, nos ayudasen todos, desde el más elevado hasta el más aparentemente pequeño funcionario judicial, colaborando con sus buenos juicios á la determinación de los defectos, deficiencias y contradicciones que observen no solo este Código civil, sino en las legislaciones forales hoy subsistentes, para discutir sobre ello ante la faz del mundo, y hacer ver así mismo las excelencias de nuestra legislación, pues también en ella tenemos principios que nos honran, preceptos que nos enaltecen, y teorías que demuestran no estamos tan atrasados como algunos suponen y que no es todo malo en España.

Esto mismo que nosotros hemos pensado desde que comenzamos estos modestísimos comentarios, lo vemos expuesto en la excelente y jamás bastante poderada Real órden de 16 de Octubre de 1889, que refrenda el muy ilustre docto é importante hombre público Excmo. Sr. D. José Canalejas y Méndez, mandando que los Tribunales no se limiten á informar meramente sobre hechos sometidos á su decisión y que objeto sean de la controversia judicial, sino que informen también acerca de hechos hipotéticos y dudas que de éstos pudieran surgir; Real órden que por ser de sumo interés transcribimos á continuación.

(Memorias de los funcionarios judiciales.)—Circular 16 Octubre determinando el ámplio criterio con que deben inspirarse los Tribunales al redactar anualmente las Memorias á que se refiere la primera disposición transitoria del Código, sobre aplicación y deficiencias del mismo.

(Gracia y Justicia.)—«El Código civil encarga, en la primera de las disposiciones adicionales, al Presidente del Tribunal Supremo y á los de las Audiencias territoriales, que al fin de cada año redacten una Memoria en la que, réfiriéndose á los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar

Digitized by Google

el Código, haciendo constar detalladamente los cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos ú omisiones de aquellos que haya dado ocasión á las dudas del Tribunal...

Sería de desear que, interpretándose esta disposición en un sentido ámplio y puesta la mira en los beneficiosos resultados que de su cumplimiento pueden esperarse, no limitarán los Tribunales sus observaciones á los puntos de derecho que hubieren sido discutidos, sino que las expusieran también sobre aquellos otros que, no habiendo dado ocasión á controversia, les ofrezcan motivo de duda. De esta manera se añadirá el importante trabajo del estudio y del exámen crítico del Código por los Tribunales, al que los particulares les den hecho en las contiendas jurídicas que promuevan, las cuales podrán muy bien no suscitarse sobre algunos puntos dudosos, que sin este trabajo pasarían inadvertidos, por el hecho de que no haya afectado á los particulares en ningún caso concreto la duda de que se trata.

Obra del común esfuerzo de cuantos tienen la misión de aplicar las leyes en los Tribunales superiores debe ser esta, que tiene por objeto el perfeccionamiento de nuestras leyes civiles, que á todos interesa en igual grado. Los presidentes de los Tribunales deben, por lo mismo, encomendar el exámen del Código á los magistrados de lo civil, para que cada cual exprese de una manera independiente su juicio, en el concepto y sobre los puntos indicados, lo que ofrecerá á cada uno de ellos ocasión de acreditar sus conocimientos y su criterio jurídico, debiendo dividirse estos informes individuales en dos secciones, la primera dedicada á consignar las observaciones que expresa la primera disposición adicional, y la segunda á exponer los magistrados sus opiniones sobre casos hipotéticos.

Que este estudio del Código civil y los informes que han de seguirle, en nada afectan al respeto y á la consideración que el Código merece, si ya no lo probara el hecho mismo de que tienden á mejorarlo y perfeccionarlo, lo probaría concluyentemente la disposición adicional que manda hacer este trabajo y en la que con tanta modestia como espíritu científico consignó la Sección el medio de preparar la reforma del mismo, utilizando además para ella, según expresa la última de las indicadas disposiciones, los progresos realizados en otras naciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata, pues, únicamente de cumplir la ley, y esto, en interés de la ley misma, á la vez que para el bien general de la Nación.

Encomendada como lo está á los presidentes de los Tribunales la alta dirección de este trabajo, á su inteligente celo toca velar por la ejecución del mismo, reunir los informes después de terminados y remitirlo á este Ministerio clasificados en los dos grupos arriba indicados, acompañados de una Memoria, dividida también en dos secciones, en que emitan su parecer sobre los puntos que en ellos se traten.

Digitized by Google

Confiadamente espera el Ministro que suscribe que á este trabajo consagrará V. E. una atención preferente, y que preparándolo sin pérdida de tiempo logrará que alcance en el Tribunal de su presidencia el mayor desarrollo de que sea más susceptible.

De Real órden, etc., Madrid 16 de Octubre de 1889.—José Canalejas y Méndes.—Sr. Presidente del Tribunal Supremo y Presidente de la Audiencia de... (*Gaceta* 17 Octubre).

Al dar por terminada esta obra, sin perjuicio de los apéndices á la misma, que han de ser de gran utilidad, para los que tenemos preparados notabilísimos trabajos de importantes hombres de ley, y las prescripciones que complementan el Código, nos encontramos con una disposición interesantísima para este territorio, y que por lo mismo que es poco conocida, no podemos excusarnos de publicarla aquí, ya que tanta relación tiene con la ley de 11 de Julio de 1878 que transcrita queda en este tomo 4.°, pág. 661, es la siguiente:

Dirección de Propiedades y derechos del Estado.

Por el Ministerio de Hacienda se ha comunicado á esta Dirección general con fecha de hoy la órden que sigue:

«Ilmo. Sr.: El Regente del Reino se ha servido mandar que por esa Dirección se proceda á la venta de los bienes eclesiásticos de la Diócesis de Barcelona, por cuyo valor equivalente, y de acuerdo con las reclamaciones del Prelado, se han mandado emitir nuevas inscripciones á la Dirección de la Deuda público, todo sin perjuicio de que, oportunamente, haga el Rdo. Obispo cesión canónica al Estado, en la forma que convenga.—Lo que de órden de S. A. comunico á V. I. á fin de que se sirva disponer que, desde luego, se adopten por la comisión de venta de esa provincia las medidas necesarias para llevar á efecto inmediatamente la enajenación de los bienes comprendidos en los inventarios de permutación pertenecientes al Clero, Monjas y Cofradías de la Diócesis de Barcelona; sirviéndose V. I. disponer también que se publique en el *Boletín Oficial* la presente órden, á fin de que desde el dia de la publicación pueda procederse á la redención y venta de los censos de la expresada pertenencia con arreglo á la ley de 15 de Junio de 1866 y demás disposiciones vigentes.—Dios guarde, etc.—Madrid 17 Noviembre 1869».

FIN.

Digitized by Google

ÍNDICE

		Páginas
	Libro cuarto.—Preámbulo.	2
	Libro cuarto.—Texto.—De las obligaciones y de los contratos.	9
TÍTULO I. . .	De las obligaciones.	9
Capítulo I. . .	Disposiciones generales.	9
Capítulo II. . .	De la naturaleza y efectos de las obligaciones. .	17
Capítulo III. . .	De las diversas especies de obligaciones. . . .	40
Sección primera. .	De las obligaciones puras y de las condicionales.	40
Sección segunda. .	De las obligaciones á plazo..	59
Sección tercera.. .	De las obligaciones alternativas.	65
Sección cuarta. . .	De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias.	70
Sección quinta. . .	De las obligaciones divisibles y de las indivisibles	84
Sección sexta. . .	De las obligaciones con cláusula penal. . . .	89
Capítulo IV. . .	De la estinción de las obligaciones.	92
	Disposiciones generales.	92
Sección primera. .	Del pago.	96
	De la imputación de pagos..	112
	Del pago por cesión de bienes..	116
	Del ofrecimiento del pago y de la consignación..	117
Sección segunda. .	De la pérdida de la cosa debida.	123
Sección tercera.. .	De la condonación de la deuda.	128
Sección cuarta. . .	De la confusión de derechos.	134
Sección quinta. . .	De la compensación.	138
Sección sexta. . .	De la novación.	147
	De las obligaciones y de los contratos ante el Derecho foral..	160

Digitized by Google

		Páginas
	Aragón.	160
	Personas capaces de obligación.	161
	Objeto y fin de los contratos.	162
	Extinción..	162
	Cataluña.	164
	De la obligación en general.	164
	Del contrato como causa de la obligación. . .	164
	Requisitos de los contratos y condiciones de los contrayentes.	165
	Capacidad de los contratantes.	165
	Edad.	165
	Mujeres.	166
	Hijos de familia.	167
	Consentimiento	167
	Objeto.	167
	Causa.	168
	Efectos de las obligaciones.	168
	Daños y perjuicios.	168
	Modos de contraer las obligaciones.	168
	Extinción	169
	Legislación de Navarra.	170
	Legislación de Vizcaya.	170
Capítulo V. . .	De la prueba de las obligaciones.	171
	Disposiciones generales.	171
Sección primera. .	De los documentos públicos.	174
	De los documentos privados.	185
Sección segunda. .	De la confesión..	190
Sección tercera. . .	De la inspección personal del Juez.	201
Sección cuarta. . .	De la prueba de peritos.	203
Sección quinta. . .	De la prueba de testigos..	204
Sección sexta. . .	De las presunciones.	211
	Prueba de las obligaciones ante el Derecho foral.	216
TÍTULO II . .	De los contratos.	218
Capítulo I. . . .	Disposiciones generales.	218
Capítulo II. . .	De los requisitos esenciales para la validez de los contratos.	228

Digitized by Google

		Páginas
	Disposicion general	228
Sección primera.	Del consentimiento.	230
Sección segunda.	Del objeto de los contratos.	243
Sección tercera..	De la causa de los contratos.	246
Capítulo III.	De la eficacia de los contratos..	252
Capítulo IV.	De la interpretación de los contratos.	257
Capítulo V.	De la rescisión de los contratos.	265
Capítulo VI.	De la nulidad de los contratos..	278
TÍTULO III..	Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.	294
Capítulo I..	Disposiciones generales..	294
Capítulo II.	De las donaciones por razón del matrimonio..	311
	Donaciones por razón del matrimonio ante el derecho foral.	321
	Aragón.	321
	Cataluña..	322
	Navarra.	323
Capítulo III.	De la dote.	324
Sección primera.	De la constitución y garantía de la dote.	324
Sección segunda.	De la administración y usufructo de la dote..	348
Sección tercera..	De la restitución de la dote.	358
Capítulo IV.	De los bienes parafernales.	378
Capítulo V.	De la sociedad de gananciales.	388
Sección primera.	Disposiciones generales.	388
Sección segunda.	De los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges.	392
Sección tercera..	De los bienes gananciales	396
Sección cuarta..	De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales.	406
Sección quinta..	De la administración de la sociedad de gananciales.	411
Sección sexta.	De la disolución de la sociedad de gananciales.	416
Sección séptima.	De la liquidación de la sociedad de gananciales..	417
Capítulo VI.	De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio.	430

Digitized by Google

		Páginas
	Disposición general.	443
TÍTULO IV. .	Del contrato de compra y venta.	445
Capítulo I. . .	De la naturaleza y forma de este contrato. . .	445
Capítulo II. . .	De la capacidad para comprar ó vender. . . .	462
Capítulo III. . .	De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida. . . .	468
Capítulo IV. . .	De las obligaciones del vendedor.	469
Sección primera. .	Disposición general.	469
Sección segunda. .	De la entrega de la cosa vendida.	470
Sección tercera.. .	Del saneamiento.	484
§ 1.°	Del saneamiento en caso de evicción.	485
§ 2.°	Del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa vendida.	496
Capítulo V. . .	De las obligaciones del comprador.	511
Capítulo VI. . .	De la resolución de la venta.	517
Sección primera. .	Del retracto convencional	518
Sección segunda. .	Del retracto legal.	531
Capítulo VII.. .	De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales. , ...	536
Capítulo VIII. .	Disposición general.	546
TÍTULO V. . .	De la permuta.	546
TÍTULO VI.. .	Del contrato de arrendamiento.	551
Capítulo I.. . .	Disposiciones generales.	551
Capítulo II. , .	De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas.	554
Sección primera. .	Disposiciones generales.	554
Sección seyunda. .	De los derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario..	562
Sección tercera.. .	Disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos.	581
Sección cuarta.. .	Disposiciones especiales para el arrendamiento de predios urbanos..	588
Capítulo III. . .	Del arrendamiento de obras y servicios.. . . .	590
Sección primera. .	Del servicio de criados y trabájadores asalariados	590
Sección segunda. .	De las obras por ajuste ó precio alzado. . . .	598
Sección tercera.. .	De los transportes por agua y tierra, tanto de	

Digitized by Google

		Páginas
	personas como de cosas.	606
TÍTULO VII. .	De los censos.	608
Capítulo I. . .	Disposiciones generales.	608
Capítulo II. . .	Del censo enfitéutico.	631
Sección primera. .	Disposiciones relativas á la enfiteusis.	631
Sección segunda. .	De los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis.	652
Capítulo III. . .	Del censo consignativo	657
	Censos.	661
	Desamortización, Ley 11 de Julio de 1878. . .	661
	Real Decreto de 14 de Enero de 1886. . . .	664
	Real Decreto de 5 de Junio de 1886.	666
	Real orden de 26 de Diciembre de 1889. . . .	670
Capítulo IV. . .	Del censo reservativo.	672
TÍTULO VIII. .	De la sociedad.	674
Capítulo I. . .	Disposiciones generales.	674
Capítulo II. . .	De las obligaciones de los socios.	686
Sección primera. .	De las obligaciones de los socios entre sí . . .	686
Sección segunda. .	De las obligaciones de los socios para con un tercero.	704
Capítulo III. . .	Del modo de extinguirse la sociedad.	707
	Asociación. Ley de 30 de Junio de 1887. . . .	717
TÍTULO IX. . .	Del mandato.	722
Capítulo I. . .	De la naturaleza, forma y especie del mandato. .	722
Capítulo II. . .	De las obligaciones del mandatario.	732
Capítulo III. . .	De las obligaciones del mandante.	739
Capítulo IV. . .	De los modos de acabarse el mandato.	744
TÍTULO X. . .	Del préstamo.	753
	Disposición general.	852
Capítulo I. . .	Del comodato.	757
Sección primera. .	De la naturaleza del comodato.	757
Sección segunda. .	De las obligaciones del comodatario.	759
Sección tercera. .	De las obligaciones del comodante	764
Capítulo II. . .	Del simple préstamo.	768
TÍTULO XI. . .	Del depósito.	772
Capítulo I. . .	Del depósito en general y de sus diversas especies	772

Digitized by Google

		Páginas
Capítulo II.	Del depósito propiamente dicho.	773
Sección primera.	De la naturaleza y esencia del contrato de depósito.	773
Sección segunda.	Del depósito voluntario.	776
Sección tercera.	De las obligaciones del depositario.	778
Sección cuarta.	De las obligaciones del depositante.	788
Sección quinta.	Del depósito necesario.	790
Capítulo III.	Del secuestro.	794
TÍTULO XII.	De los contratos aleatorios ó de suerte.	796
Capítulo I.	Disposición general.	796
Capítulo II	Del contrato de seguro.	797
Capítulo III.	Del juego y de la apuesta	802
Capítulo IV.	De la renta vitalicia.	806
TÍTULO XIII	De las transacciones y compromisos.	812
Capítulo I.	De las transacciones.	812
Capítulo II	De los compromisos.	823
TÍTULO XIV.	De la fianza.	825
Capítulo I.	De la naturaleza y extensión de la fianza.	825
Capítulo II	De los efectos de la fianza	833
Sección primera.	De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor.	833
Sección segunda.	De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador.	840
Sección tercera.	De los efectos de la fianza entre los cofiadores.	846
Capítulo III.	De la extinción de la fianza.	848
Capítulo IV.	De la fianza legal y judicial.	853
TÍTULO XV.	De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis.	856
Capítulo I.	Disposiciones comunes á la prenda y á la hipoteca	856
Capítulo II	De la prenda.	861
Capítulo III.	De la hipoteca.	870
Capítulo IV.	De la anticresis.	876
TÍTULO XVI	De las obligaciones que se contraen sin convenio	881
Capítulo I.	De los cuasi contratos.	881
Sección primera	De la gestión de negocios ajenos.	882
Sección segunda.	Del cobro de lo indebido.	888
Capítulo II	De las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia.	893

Digitized by Google

		Páginas
TÍTULO XVII.	De la concurrencia y prelación de créditos. . .	902
Capítulo I.	Disposiciones generales.	902
Capítulo II.	De la clasificación de créditos	911
Capítulo III.	De la prelación de créditos	920
TÍTULO XVIII.	De la prescripción.	924
Capítulo I.	Disposiciones generales.	924
Capítulo II.	De la prescripción del dominio y demás derechos reales	932
Capítulo III.	De la prescripción de las acciones.	953
	Contratos. Aragón	967
	Contratos que tienen por objeto adquirir la propiedad según los fueros de Aragón.	967
	Compra y venta.	967
	Naturaleza y efectos de este contrato.	967
	Del derecho de tanteo ó de la saca.	970
	De la permuta	972
	Del mútuo.	972
	Censos.	974
	Contrato de sociedad.	976
	Contratos que tienen por objeto adquirir el uso. .	976
	Comodato.	976
	Del arrendamiento.	977
	Contratos que tienen por objeto adquirir un servicio	979
	Depósito.	979
	Del mandato	980
	Contratos que tienen por objeto adquirir seguridad	980
	De las fianzas.	981
	Prendas é hipotecas.	982
	Cataluña. contrato de compra y venta.	983
	Precio.—Efectos del contrato.—Obligaciones del vendedor.	984
	Obligaciones del comprador.	985
	Galicia. foros y censos ó foros frumentarios. . .	993
	Comuña.	993
	Mallorca	994

Digitized by Google

Páginas

Navarra. 995
Vizcaya. 999
Disposición final. 1000
Disposiciones transitorias. 1001
Disposiciones adicionales. 1010
Memoria de los funcionarios judiciales.. . . . 1012
Dirección de Propiedades y derechos del Estado. 1014

Digitized by Google

LISTA DE SEÑORES SUSCRIPTORES.

Abadía, D. Juan.
Abogados del Estado de Barcelona.
Abreu, D. Sebastián.
Academia de Buenas Letras de Barcelona.
Academia de Derecho.
Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona.
Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.
Academia de Jurisprudencia y Legislación de Zaragoza.
Agulló, D. Buenaventura.
Agulló, D. Domingo.
Aguilar, D. Antonio.
Aguilar, D. Pascual.
Albín, D. Luís.
Alameda, D. Lucas.
Almeda, D. José.
Alegre, D. Pablo.
Alisal, D. Fernando.
Alisal, D. Zenón.
Alonso Martínez, D. Manuel.
Alonso Martínez, D. Severiano.
Alonso Solano, D. Antonio.
Alonso Zabala, D. José.
Alonso García, D. Juan.
Alonso Giménez, D. Diego.
Albarez, D. Mariano.
Albarez, D. Simeón.
Albarez, D. Diego.
Altayó, D. José.
Altayó, D. Vicente.
Amat, D. Onofre.
Amat, D. Vicente.
Andreu, D. Enrique.
Andreu, D. Raymundo.
Antúnez, D. Luís.
Arbós, D. Salvador.
Arias, D. Pedro.
Arias, D. Feliciano.
Arias, D. Felipe.
Ariño, D. Calixto.
Arnús, D. Evaristo.
Atauri, D. Eugenio.
Ateneo Barcelonés.
Aytes, D. Ramón.
Ayuntamiento de Maldrá.
— de Zaragoza.
— de Huesca.
— de Sevilla.
— de Santander.
— de Burgos.
— de Valladolid.
— de San Sebastián.
— de Pamplona.
— de Rivadabia.
— de Orense.
— de Tudela.
— de Tarazona.
Baguda, D. Nicolás.
Balagueró, D. Juan.
Ballestero, D. Gualverto.
Barnuevo, D. Juan.
Baquero, D. Ramón.
Barberá, D. José.
Barraquer, D. José María.
Barnager, D. Bartolomé.
Barrera, D. Nicolás.
Barrera, D. Francisco.
Bartolí, D. Blas
Bausili, D. Francisco.
Bergadá, D. José
Bladó, D. Eugenio.
Borrás, D. Ramón.
Borrás, D. Andrés.
Bolos, D. Joaquín.
Bobadilla, D. Miguel.
Bosch, D. Rafael.
Bosch; D. Jaime.
Bosch, D. Jeremías.
Bosch, D. Ruperto.
Brandón, D. E. M.ª
Brocá, D. Guillermo M.ª
Buen, D. Odón de.
Bueno, D. Vicente.
Bofarull, D. Juan.
Boatella, D. Miguel.

Digitized by Google

Baunda, D. Juan.
Bermúdez, D. Fulgencio.
Caballé, D. Cayetano.
Caballero, D. José M.ª
Cabello, D Alejandro.
Cabrera, D. Juan de Dios.
Cabrero, D. Antonio.
Calleja, D. Demetrio.
Canalejas, D. José.
Canalsa, D. Enrique.
Cánovas del Castillo, D. Antonio.
Cáceres, D. José
Canalda, D. Enrique.
Cañizares, D. Pompeyo.
Cardell, D. José.
Cantera, D. José M.ª
Carreras, D. José.
Casades, D. Ramón.
Casado, D. Evaristo.
Casanovas, D. Acisclo.
Castañer, D. Cándido.
Castells, D. Mariano.
Castellar, D. Ernesto.
Castellet, D. Eduardo.
Castelló, D. Manuel.
Castellví, D. Vicente M.ª
Castillo, D. Juan.
Castillo, D. Vicente.
Cenarro, D. Melitón.
Ciria, D. Manuel.
Ciurana, D. José.
Clariana, D. Francisco.
Clot, D. Juan.
Coderch, D. Secundino.
Coderch, D. Joaquín.
Codorniu, D. Antonio.
Codorniu, D. Felipe.
Colegio de Abogados de Barcelona.
— — de Madrid.
— — de Burgos
— — de S. Sebastián
— — de Gerona.
— — de Sevilla.
— — de Cáceres.
— — de Granada.
— — de Zaragoza.
— — de Calatayud.
— — de Coruña.
— — de Orense.
— — de Zamora.
Colegio de Procuradores de Gerona.
— — de Madrid.
— — de Sevilla.
Coll, D. José.
Coma, D. Antonio.
Comas, D. Camilo.
Consul de la República Argentina.
— de Bolivia.
— de Colombia.
— de Chile.
— del Perú.
— de Suecia.
Contreras, D. Francisco.
Cornet, D. José
Corominas, D. Eusebio.
Corominas, D. Juan.
Cortés, D. José.
Creuhet, D. Cárlos.
Cruells, D. Jaime.
Cubares, D. Ermenegildo.
Cucurella, D. José.
Cucaina, D. Juan.
Cunchillos, D. Ignacio.
Cuenca, D. Evaristo.
Cuscot, D. José.
Cunill, D. Ramón.
Chavalera, D. Francisco
Díaz Cañavate, D. Antonio.
Díaz P., D. José.
Díez Salcedo, D. Sebastián.
Dichoso, D. Jaime.
Divar, D. Domingo.
Domenech, D. Pascual.
Domenech, D. Felipe.
Domingo, D José.
Dueñas, D Guillermo.
Durán y Bas, D. Manuel.
Durán, D. Ramón.
Durán Bori, D. Santiago.
Egaña, D. José M.ª
Egea, D. Baltasar.
Egea, D. José.
Eguilior, D. Manuel de.
Escobio, D. Jesús
Escudero, D. Enrique.
Escudero, D. Ernesto.
Escudero, D. Juan.
Especier, D. Francisco.
Esponera, D. Reynaldo.
Espúñez, D. José M.ª
Estasen, D. Pedro.
Esteller, D Daniel.
Estévanez, D. Sebastián.
Estévez. D. Juan Francisco.
Estrior, D. Pedro.
Estribó, D. Juan.
Estruch, D. Diego.
Fabregat, D. José.
Farrer, D. Manuel.
Fasan, D Francisco.
Fadrique, D. José.
Feijóo, D. Víctor.

etc. etc. etc

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google